



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 12. März 2019

in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend

31-0519: TWINT/Apple

wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

Inhaltsverzeichnis

A	Gegenstand	4
B	Verfahren	6
C	Sachverhalt und Parteivorbringen	9
C.1	Die Parteien.....	9
C.1.1	TWINT.....	9
C.1.2	Apple.....	9
C.2	Vorbringen der Parteien	10
C.2.1	Anzeige von TWINT vom 27. Juni 2017	10
C.2.2	Stellungnahme von Apple vom 3. August 2017	11
C.2.2.1	Zur Marktstellung	11
C.2.2.2	Zur Verhaltensweise	12
C.2.2.3	Zu den sachlichen Rechtfertigungsgründen und Lösungsmöglichkeiten.....	13
C.2.2.4	Zusammenfassung der Stellungnahme von Apple	13
C.2.3	Replik von TWINT vom 22. August 2017	14
C.2.3.1	Zur Marktstellung	14
C.2.3.2	Zur Verhaltensweise	14
C.2.3.3	Zu den sachlichen Rechtfertigungsgründen und Lösungsmöglichkeiten.....	15
C.2.3.4	Zusammenfassung der Replik von TWINT	15
C.2.4	Duplik von Apple vom 4. Oktober 2017	16
C.2.4.1	Zur Marktstellung	16
C.2.4.2	Zur Verhaltensweise	16
C.2.4.3	Zu den sachlichen Rechtfertigungsgründen und Lösungsmöglichkeiten.....	17
C.3	Schriftenwechsel mit SIX.....	18
C.3.1	Angaben von SIX zu den Bezahlterminals vom 15. September 2017	18
C.3.2	Schreiben von SIX vom 19. Oktober 2017.....	18
C.4	Augenschein vom 19. Dezember 2017	19
C.4.1	Augenschein	19
C.4.2	Korrespondenz im Anschluss an den Augenschein.....	20
C.4.2.1	Schreiben von Apple vom 28. Dezember 2017	20
C.4.2.2	Schreiben von Apple vom 31. Januar 2018.....	20
C.4.2.3	Schreiben des Sekretariats vom 5. Februar 2018 an Apple	20
C.4.2.4	Schreiben von Apple vom 14. Februar 2018	21
C.5	Weitere Korrespondenz mit den Parteien.....	21
C.5.1	Schreiben von TWINT vom 19. März 2018.....	21
C.5.2	Schreiben von TWINT vom 18. April 2018.....	22
C.5.3	Schreiben von Apple vom 20. April 2018.....	23
C.6	Mailverkehr mit PayPal-Entwickler	23
C.7	Korrespondenz mit den Parteien in Hinblick auf eine einvernehmliche Lösung	23
C.7.1	Schreiben von Apple vom 2. Juli 2018.....	24

C.7.2	Schreiben von TWINT vom 10. August 2018.....	24
C.7.3	Schreiben von Apple vom 28. September 2018	24
C.8	Antrag des Sekretariates betreffend vorsorgliche Massnahmen.....	24
D	Erwägungen	25
D.1	Geltungsbereich	25
D.2	Vorbehaltene Vorschriften	25
D.3	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen.....	25
D.3.1	Marktbeherrschende Stellung	26
D.3.1.1	Relevanter Markt.....	26
D.3.1.1.1	Übersicht und Charakteristika der involvierten Marktstufen.....	26
D.3.1.1.1.1	Applikationen für mobile Plattformen	26
D.3.1.1.1.2	Mobile Payments	28
D.3.1.1.2	Relevante Marktgegenseite	28
D.3.1.1.3	Sachlich relevanter Markt	28
D.3.1.1.4	Räumlich relevanter Markt.....	33
D.3.1.2	Aktueller Wettbewerb.....	34
D.3.1.3	Potenzieller Wettbewerb	35
D.3.1.4	Stellung der Marktgegenseite	35
D.3.1.5	Schlussfolgerungen	35
D.3.2	Voraussichtliche Beurteilung der Verhaltensweise	36
D.3.2.1	Unzulässige Verhaltensweisen («Missbrauch»).....	36
D.3.2.1.1	Formen des Missbrauchs.....	36
D.3.2.1.2	Behinderungsmissbrauch	36
D.3.2.1.3	Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG)	38
D.3.2.1.3.1	Einschränkung des Absatzes und der technischen Entwicklung.....	38
D.3.2.1.3.2	Wettbewerbsbehinderung	40
D.3.2.1.3.3	Sachliche Rechtfertigungsgründe.....	41
D.3.2.1.3.4	Ergebnis.....	42
D.4	Anregungen des Sekretariates nach Art. 26 Abs. 2 KG	43
D.4.1	Der Antrag um vorsorgliche Massnahmen.....	43
D.4.2	Die Verpflichtungszusagen von Apple	44
D.4.3	Ergebnis.....	45
E	Kosten	46
F	Schlussfolgerungen	47

A Gegenstand

1. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung bildet das Vorbringen der TWINT AG (TWINT), dass Apple Switzerland AG, Apple Europe, Apple Distribution International und Apple Inc. (gemeinsam: Apple) im Sinne von Art. 7 KG¹ ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchen würden. Die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehe darin, dass ihre Bezahl-Applikation TWINT (TWINT-App) auf Apple-Geräten (iOS-Geräten) seitens Apple im Wettbewerb behindert werde. Die Behinderung erfolge dadurch, dass der Bezahlvorgang mit der TWINT-App durch die Bezahl-Applikation von Apple, Apple Pay, gestört werde. Eine Möglichkeit zur Bezahlung mittels TWINT-App bestehe im Scannen des QR-Codes am Kartenterminal des Händlers. Werde das Gerät beim Scannen zu nahe an das Terminal gehalten, dann öffne sich auf iOS-Geräten automatisch Apple Pay und der Bezahlvorgang mittels der TWINT-App werde unterbrochen. Zwar verfüge Apple über eine Lösung für dieses Problem, verweigere jedoch TWINT gegenüber dessen Nutzung. Namentlich könnte ein bereits bestehender Programmierbefehl von Apple verhindern, dass während einer Bezahlung mit der TWINT-App sich Apple Pay automatisch öffne.
2. Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Ausführungen werden an dieser Stelle die im Zusammenhang mit Apple Pay und der TWINT-App relevanten technischen Lösungen zur Bezahlung am «Point of Sale» (POS) in aller Kürze dargestellt.
3. Erstens ermöglicht die TWINT-App eine Bezahlung mittels *Bluetooth* an einem *TWINT-Beacon*, d.h., an einem speziellen Peripheriegerät, welches mit der Kasse des Händlers verbunden ist. Solche TWINT-Beacons finden sich beispielsweise in Coop Filialen. Diese Art der Bezahlung wird nach Angaben von TWINT nicht durch Apple behindert (vgl. zur Illustration die nachfolgende Abbildung²).



¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Quelle: <https://www.twint.ch/geschaeftskunden/einkassieren/#unterwegs> (22.5.2018).

4. Zweitens ermöglicht die TWINT-App eine Bezahlung mittels *Scanning des QR-Codes* (QR = Quick Response³). Dabei wird der QR-Code auf dem Display des Bezahlterminals angezeigt und mit der Kamera des mobilen Geräts gescannt, wie durch die nachfolgende Abbildung⁴ illustriert wird:



5. Im Gegensatz zu den beiden vorgestellten Bezahlungsmöglichkeiten mit der TWINT-App funktioniert die Bezahlung mit Apple Pay mittels *NFC* (Near Field Communication); es handelt sich dabei um einen Funkstandard zur drahtlosen Datenübertragung, welcher namentlich auch zur kontaktlosen Bezahlung mittels Kredit- oder Debitkarten genutzt wird⁵. Dabei genügt es, das mobile Gerät nahe an das Bezahlterminal zu halten, damit die Daten übertragen werden. Ist Apple Pay aktiviert und gelangt das mobile iOS-Gerät (iPhone, iPad, Apple Watch) in die Reichweite der NFC-Antenne des Bezahlterminals, so öffnet sich Apple Pay automatisch (vgl. zur Illustration die nachfolgende Abbildung⁶):



³ Weitere Informationen zum QR-Code unter <http://www.qrcode.com/en/> (22.8.2018).

⁴ Quelle: TWINT on payment terminal, Quick guide, https://www.six-payment-services.com/dam/download/manuals/TWINT/110042402_MA_TWINT_Usermanual__CHE_EN_opt.pdf (22.8.2018).

⁵ Weitere Informationen zum NFC-Standard unter <https://nfc-forum.org/> (22.8.2018).

⁶ Quelle: <https://www.apple.com/chde/apple-pay/> (22.8.2018).

6. Genau dieses automatische Öffnen von Apple Pay bei einer Annäherung an die NFC-Antenne eines Bezahlterminals könne gemäss TWINT dazu führen, dass das Scannen des QR-Codes in der TWINT-App unterbrochen werde und stattdessen Apple Pay auf dem Display erscheine. Der Bezahlvorgang über die TWINT-App werde dabei unterbrochen und könne nicht zu Ende geführt werden.

B Verfahren

7. Am 27. Juni 2017 reichte TWINT beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eine Anzeige betreffend Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Apple ein (vgl. C.2.1).

8. In der Anzeige wurden folgende Rechtsbegehren verbunden mit einem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gestellt:

(1) Es sei festzustellen, dass Apple Switzerland AG, Apple Inc. sowie deren konzernmässig verbundene Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung im Markt für mobile Plattformen, bestehend aus Smartphones (Hardware) mit entsprechenden Betriebssystemen (Software) und einem App-Store, in der Schweiz haben;

(2) es sei festzustellen, dass die Verhinderung der diskriminierungsfreien Nutzung der mobilen Bezahl-Applikation der TWINT AG auf iOS-Geräten seitens Apple Switzerland AG, Apple Inc. sowie deren konzernmässig verbundene Unternehmen eine unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG, eine unzulässige Einschränkung des Absatzes und der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG sowie eine unzulässige Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellt;

(3) es sei ein Untersuchungsverfahren zu eröffnen.

Antrag auf vorsorgliche Massnahmen:

(1) Es seien Apple Switzerland AG, Apple Inc. sowie deren konzernmässig verbundene Unternehmen anzuweisen, ihre missbräuchlichen Verhaltensweisen unmittelbar einzustellen und identisches oder ähnliches Verhalten inskünftig zu unterlassen, unter Androhung der Bestrafung mit Busse im Widerhandlungsfall gemäss Art. 292 StGB;

(2) es seien Apple Schweiz, Apple USA sowie deren Konzerngesellschaften anzuweisen, der mobilen Bezahl-Applikation der TWINT AG diskriminierungsfreien Zugang zu iOS-Geräten zu gewähren.

Alles unter Kostenfolgen und zulasten der Apple Switzerland AG, Apple Inc. sowie deren konzernmässig verbundenen Unternehmen.

9. Einer allfälligen Beschwerde von Apple gegen die anzuordnenden Massnahmen sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

10. Mit Schreiben des Sekretariats vom 30. Juni 2017 wurde die Anzeige zur Stellungnahme an Apple zugestellt.

11. Mit Schreiben vom 3. August 2017 nahm Apple innert erstreckter Frist Stellung (vgl.C.2.2). Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

(i) Die Rechtsbegehren und Verfahrensanhträge der Anzeigerin seien abzuweisen, und

(ii) die Vorabklärung sei einzustellen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Anzeigerin.

12. Am 7. August 2017 wurde TWINT eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version der Eingabe von Apple zur Stellungnahme weitergeleitet.

13. Die am 22. August 2017 fristgerecht eingereichte Replik von TWINT wurde in einer geschäftsgeheimnisbereinigten Version am 24. August 2017 an Apple zur Stellungnahme weitergeleitet (vgl. C.2.3). Mit E-Mail vom 28. August 2017 wurde Apple eine zweite Version der Replik zugestellt, die einige Korrekturen enthielt. In ihrer Replik hielt TWINT an den in der Anzeige gestellten Rechtsbegehren vollumfänglich fest, konkretisierte aber die in der Anzeige gestellten Rechtsbegehren auf den Erlass von vorsorglichen Massnahmen dahingehend,

(...), dass Apple anzuweisen sei, der Anzeigerin die Zustimmung für die Verwendung des Programmierbefehls für die Verhinderung der Bevorzugung von Apple Pay bei mobilen Bezahlvorgängen auf der iOS-Plattform zu erteilen.

14. Mit Schreiben vom 14. September 2017 forderte das Sekretariat SIX Payment Services AG (nachfolgend: SIX) zur Stellungnahme über die Anzahl der möglicherweise von der vorliegend betrachteten Problematik betroffenen Bezahlterminals in der Schweiz auf. Das Sekretariat erhielt diese Stellungnahme am 18. September 2017 (vgl. C.3.1) und stellte Apple die am 20. September 2017 eingegangene geschäftsgeheimnisbereinigte Version davon gleichentags zu.

15. Am 18. September 2017 erhielt das Sekretariat von TWINT unaufgefordert eine Videoaufnahme als Ergänzung zu ihrer Replik und leitete diese mit E-Mail vom 19. September 2017 an Apple weiter.

16. Im Rahmen eines Telefonates vom 19. September 2017 forderte das Sekretariat weitere Informationen von SIX ein, welche mit Schreiben vom 19. Oktober 2017 eingingen (vgl. C.3.2).

17. Am 4. Oktober 2017 reichte Apple innert erstreckter Frist die *Duplik* ein (vgl. C.2.4). Diese wurde am 16. Oktober 2017 durch eine zweite Version ersetzt, in welcher Übersetzungsfehler korrigiert wurden. Am 25. Oktober 2017 leitete das Sekretariat die geschäftsgeheimnisbereinigte Version an TWINT zur Kenntnisnahme weiter.

18. Am Vormittag des 19. Dezember 2017 nahm das Case-Team des Sekretariats an einer Präsentation von Apple in den Räumlichkeiten der Vischer AG in Zürich teil, bei welcher die Funktionsweise und der Aufbau von Apple Pay vorgestellt wurde.

19. Am Nachmittag des gleichen Tages wurde in den Räumlichkeiten der SIX in Zürich ein *Augenschein* unter Anwesenheit beider Parteien, von Vertretern seitens SIX und des Sekretariats durchgeführt, anlässlich dessen getestet wurde, ob sich bei Bezahlvorgängen auf verschiedenen iPhones, auf welchen sowohl Apple Pay als auch TWINT installiert sind, Konflikte zwischen den beiden Applikationen ergeben. Das Sekretariat protokollierte den Augenschein (vgl. ausführlich hinten C.4.1).

20. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2017 erhielt das Sekretariat von Apple an TWINT gerichtete Anschlussfragen in Bezug auf den Augenschein. Diese wurden am 8. Januar 2018 an TWINT weitergeleitet.

21. Mit E-Mail vom 3. Januar 2018 stellte das Sekretariat den Parteien das Protokoll zum Augenschein zu.

22. Am 17. Januar 2018 lud das Sekretariat TWINT dazu ein, am 25. Februar 2018 in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Präsentation über ihre Bezahl-App zu halten. Im Rahmen dieser Präsentation fasste TWINT die Ergebnisse des Augenscheins zusammen, stellte

mögliche Abhilfemassnahmen vor und beantwortete die von Apple mit Schreiben vom 29. Dezember 2017 gestellten Anschlussfragen.

23. Am 31. Januar 2018 erhielt das Sekretariat eine Stellungnahme von Apple bezüglich des Augenscheins (vgl. C.4.2.2), worauf das Sekretariat mit Schreiben vom 5. Februar 2018 antwortete (vgl. C.4.2.3). Am 14. Februar 2018 erhielt das Sekretariat eine Stellungnahme von Apple auf dieses Schreiben (vgl. C.4.2.4).

24. Mit E-Mail vom 7. Februar 2018 forderte das Sekretariat TWINT auf, diverse offene Fragen zu beantworten. Die Antworten von TWINT erfolgten mit Eingabe vom 19. März 2018 (vgl. C.5.1).

25. Mit Schreiben vom 23. Februar 2018 forderte das Sekretariat Apple auf, weitere Unterlagen einzureichen.

26. Am 21. März 2018 präsentierte Apple in den Räumlichkeiten des Sekretariats auf eigenen Wunsch hin dem Sekretariat ihre Bezahlapplikation Apple Pay. Bei diesem Treffen hat das Sekretariat zudem gegenüber Apple eine vorläufige Einschätzung zu einer möglichen Marktabgrenzung und zum möglichen Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung von Apple präsentiert.

27. Auf telefonische Anfrage des Sekretariates vom 11. April 2018 führte TWINT mit einer Eingabe vom 18. April 2018 aus, wie der Unterdrückungsbefehl in die TWINT-App integriert würde und welche Tests erforderlich wären.

28. Am 20. April 2018 erhielt das Sekretariat die im Schreiben vom 23. Februar 2018 ersuchten Informationen von Apple.

29. Mit Auskunftsbegehren vom 30. April 2018 verlangte das Sekretariat von comparis.ch die Einreichung von Studien zum Smartphone-Markt und zum Zahlungsmittelmarkt. Mit Eingabe vom 3. Mai 2018 reichte comparis.ch die folgenden Unterlagen ein: (1) Studie zur Smartphone-Verbreitung (Erhebung März, Verbreitung August 2017), (2) Studie zu den Smartphone-Modellen (Erhebung Oktober, Verbreitung November 2017) sowie (3) Studie zu Zahlungsmitteln (Erhebung Dezember 2017, Verbreitung März 2018).

30. Mit E-Mail vom 11. Mai 2018 stellte das Sekretariat diverse Fragen an einen Entwickler bei PayPal im Zusammenhang mit dessen Ausführungen in einem Blog zur Unterdrückung von Apple Pay. Am 12. Mai 2018 erhielt das Sekretariat die Antworten auf seine Fragen (vgl. C.6).

31. Mit Schreiben vom 15. Mai 2018 liess das Sekretariat Apple folgende Unterlagen zukommen: (1) die Eingabe von TWINT vom 19. März 2018 (in einer anwaltsvertraulichen Version und einer Version für Apple), (2) die Eingabe von TWINT vom 18. April 2018 und (3) den E-Mail-Verkehr des Sekretariates mit dem PayPal-Entwickler. Das Sekretariat forderte Apple zugleich auf, bis am 30. Mai 2018 mitzuteilen, ob Bereitschaft besteht, TWINT die Bewilligung zur Unterdrückung von Apple Pay (Operation «requestAutomaticPassPresentationSuppression») zum Zwecke der Erstellung einer nicht öffentlichen Testversion zu erteilen.

32. Mit Eingabe vom 2. Juli 2018 nahm Apple Stellung zu den Fragen des Sekretariates [...] (vgl. C.7.1).

33. Am 3. Juli 2018 erhielt das Sekretariat zusätzlich eine unaufgeforderte Stellungnahme von Apple zum Meeting mit dem Sekretariat vom 21. März 2018, in welcher sie vorläufige Äusserungen des Sekretariats zur Marktabgrenzung und zum möglichen Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung von Apple bestritt.

34. Am 13. Juli 2018 erhielt das Sekretariat die geschäftsgeheimnisbereinigte Version des Schreibens von Apple vom 2. Juli 2018. Apple teilte zudem mit, dass ihr Schreiben vom 3. Juli 2018 keine Geschäftsgeheimnisse enthalte und TWINT offengelegt werden könne.

35. Mit Schreiben vom 13. Juli 2018 liess das Sekretariat TWINT die beiden Schreiben von Apple vom 2. und 3. Juli 2018 zukommen. Gleichzeitig bat das Sekretariat TWINT im Interesse einer baldigen Erledigung des Falles, um die Mitteilung von Lösungsvorschlägen betreffend die Anliegen von Apple.

36. Mit Schreiben vom 10. August 2018 teilte TWINT dem Sekretariat mit, sie sei daran interessiert, zu einer Einigung mit Apple bezüglich der Unterdrückung von Apple Pay bei einer Verwendung der TWINT-App Hand zu bieten. Zudem reichte TWINT ein Memo ein, welches den dafür vorgesehenen technischen Prozess ausführt (vgl. C.7.2).

37. Das Schreiben von TWINT wurde am 15. August 2018 an Apple weitergeleitet verbunden mit der Aufforderung bekannt zu geben, ob sie auf der Grundlage der Antwort von TWINT auf bilaterale Verhandlungen zwischen den Parteien eintreten wolle.

38. Mit Schreiben vom 28. September 2018 äusserte sich Apple [...] (vgl. C.7.3).

39. Am 16. Oktober 2018 versandte das Sekretariat seinen Antrag an die WEKO betreffend vorsorglicher Massnahmen an die Parteien und räumte Frist bis am 31. Oktober 2018 zur Stellungnahme ein. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2018 gab TWINT bekannt, sie stimme den vorgesehenen vorsorglichen Massnahmen vollumfänglich zu. Apple beantragte eine Fristverlängerung, welche bis zum 21. November 2018 gewährt wurde.

40. Apple ersuchte um ein Treffen mit dem Sekretariat, welches am 19. November 2018 stattfand. [...]. Mit Schreiben vom 21. November 2018 nahm Apple Stellung zum Antrag des Sekretariates vom 16. Oktober 2018 und bestritt darin, dass ein Kartellrechtsverstoss vorliege. Gleichzeitig reichte Apple einen Vorschlag für Zusagen ein, welche eine Beendigung der Vorabklärung mittels Anregungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG ermöglichen sollte. Die definitive und unterzeichnete Version der Zusagen reichte Apple mit Eingabe vom 3. Dezember 2018 ein. Das Sekretariat leitete diese gleichentags an TWINT weiter und gab bekannt, dass aufgrund dieser Verpflichtungszusagen das Verfahren beendet werde.

41. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2018 ersuchte TWINT um Präzisierung gewisser Punkte in den Zusagen. Das Sekretariat nahm mit Schreiben vom 7. Januar 2019 die erforderlichen Klarstellungen vor und liess diese auch Apple zukommen.

C Sachverhalt und Parteivorbringen

C.1 Die Parteien

C.1.1 TWINT

42. TWINT AG ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Ihr hauptsächlicher Zweck ist der Betrieb eines mobilen Bezahl-Schemes, mit welchem Zahlungen und Zahlungsüberweisungen mit mobilen Endgeräten wie Smartphones oder Tablets getätigt werden können.

C.1.2 Apple

43. Apple Inc. ist eine Gesellschaft mit Sitz in Cupertino, Kalifornien, die Unterhaltungselektronik, Computer-Software und Online-Dienstleistungen entwirft, entwickelt und verkauft. Die Hardware-Produkte von Apple umfassen das iPhone, das iPad, den Mac-PC, den iPod, die

Apple Watch sowie Apple TV; diese wiederum funktionieren mit den dazugehörigen Betriebssystemen. Die Online- Dienstleistungen umfassen unter anderem den iTunes-Store und den App-Store von Apple.

C.2 Vorbringen der Parteien

C.2.1 Anzeige von TWINT vom 27. Juni 2017

44. Im Wesentlichen bringt TWINT vor, die Funktionsweise ihrer TWINT-App werde von Apple systematisch behindert. Dies geschehe dadurch, dass das iOS-System auf Geräten mit aktivierter Apple Pay-Funktion diese Funktion standardmässig öffne, sobald sich das Gerät in der Nähe eines NFC-Signales befinde und eine Verbindung aufgebaut habe.

45. Als Folge davon werde bei iOS-Geräten, auf welchen sowohl Apple Pay als auch die TWINT-App aktiviert sei, beim Einscannen eines auf dem Bildschirm eines Bezahlterminals angezeigten QR-Codes mittels der TWINT-App dieser Bezahlvorgang unterbrochen und automatisch Apple Pay lanciert. Dies ungeachtet der Tatsache, dass die TWINT-App bereits bewusst zum Bezahlen geöffnet worden sei. TWINT habe bei Apple erfolglos um Genehmigung der Nutzung eines im iOS-Betriebssystem vorhandenen Programmierbefehls ersucht, welcher das automatische Öffnen von Apple Pay bei gleichzeitiger Nutzung der TWINT-App unterdrücken würde. Der von Apple bewusst erzeugte Vorrang für Apple Pay führe bei einer Vielzahl von Terminals dazu (wobei von einer Grössenordnung von 60–70 % der Terminals auszugehen sei), dass die TWINT-App nur mit Einschränkungen (d.h. durch ein bewusstes Abwählen von Apple Pay) genutzt werden könne.

46. Apple bezwecke mit ihrer Verhaltensweise, Konkurrenzprodukte für Apple Pay beim Markteintritt in der Schweiz zu behindern und Konkurrenzprodukte auf iOS-Geräten zu benachteiligen. Das stelle eine Verweigerung des Zuganges zur Mehrheit von Smartphone-Nutzern durch Apple dar. Da die iPhone-Besitzer besonders intensiv Finanzapplikationen verwenden würden, werde insbesondere auch der Zugang zu einer Mehrheit der Nutzer von Finanzapplikationen auf Smartphones in der Schweiz beeinträchtigt.

47. Diese Verhaltensweise sei als unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG), unzulässige Einschränkung des Absatzes und der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) sowie unzulässige Koppelung (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG) zu qualifizieren, da dadurch Konkurrenzlösungen zu Apple Pay von den folgenden Märkten verdrängt werden: von dem (i) zweiseitigen Markt für mobile Plattformen bestehend aus Smartphones (Hardware) mit entsprechenden Betriebssystemen (Software) und einem App-Store und (ii) dem zweiseitigen Markt für Peer-to Merchant Mobile Payments (P2M). Die Verhinderung des diskriminierungsfreien Zugangs zur iOS-Plattform gegenüber mobilen Bezahl-Applikationen von Drittparteien seitens Apple behindere namentlich auch die Entwicklung von Bezahlplattformen und Applikationen von Drittanbietern, wie sie derzeit in der Schweiz von TWINT angeboten werden. Jedes weitere Zuwarten würde zu einer irreversiblen Schädigung der Märkte im Bereich des mobilen Zahlens führen.

48. TWINT bringt weiter vor, der Anteil von iOS-Geräten an der mobilen Internetnutzung in der Schweiz betrage ca. 63 %. Darüber hinaus habe Apple in der Schweiz bei Finanz-Applikationen einen Marktanteil von 75 %. Da Apple überdies keine potenzielle Konkurrenz gegenüberstehe und auch TWINT keine Gegenmacht darstelle, verfüge Apple im Markt für mobile Plattformen bestehend aus Smartphones (Hardware) und entsprechenden Betriebssystemen (Software) und einem App-Store über eine marktbeherrschende Stellung.

49. Zusätzlich zur Anzeige reicht TWINT diverse Beilagen ein, darunter auch die Korrespondenz mit Apple im Zusammenhang mit ihrem Ersuchen, den Programmierbefehl zur Unterdrückung von Apple Pay nutzen zu dürfen, und der Verweigerung dessen Herausgabe durch Apple.

C.2.2 Stellungnahme von Apple vom 3. August 2017

50. Apple beantragt in ihrer Stellungnahme, die Anträge von TWINT seien vollumfänglich abzuweisen und die Vorabklärung sei einzustellen.

51. Apple bringt in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen vor, (1) sie hätte auf keinem relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung und (2) selbst wenn eine solche vorliegen würde, sei ihr Verhalten durch sachliche Gründe gerechtfertigt, da es namentlich dem Schutz der Integrität und Sicherheit des gesamten Kundenerlebnisses bei der Nutzung von Apple-Produkten diene. Schliesslich stünden (3) TWINT auch verschiedene Möglichkeiten offen, um die in ihrer Anzeige beschriebenen technischen Probleme zu lösen, ohne dass deswegen die Sicherheit, die Verlässlichkeit und der Wert der Geräte und Zahlungsdienstleistungen von Apple untergraben würden.

C.2.2.1 Zur Marktstellung

52. Apple führt aus, ihre *schwache Marktstellung* ergebe sich aus der Tatsache, dass weniger als [...] % aller in der Schweiz ausgestellten Kredit- und Debitkarten (Zahlkarten) mit Apple Pay funktionieren würden und nur [...] % von gesamthaft 16,1 Mio. Schweizer Zahlkarten für die Nutzung von Apple Pay registriert seien. [...].

53. Zu den zwei gemäss TWINT zu berücksichtigenden Märkten – (1) Markt für mobile Plattformen und (2) Markt für mobile Peer-to-Merchant-Zahlungen (P2M) – bringt Apple konkret folgendes vor:

(1) *Zur Definition und Berechnung der Marktmacht im Markt für mobile Plattformen:*

- Richtigerweise hätte TWINT für die Berechnung der Marktanteile auf den erzielten *Umsatz aus verkauften Mobilgeräten* abstellen müssen, nicht auf Daten über den mobilen Internetverkehr. Es sei anzunehmen, dass diese Methode gewählt worden sei, weil mit den Umsatzzahlen keine Marktmacht hätte nachgewiesen werden können. Auch der Verweis der Anzeigerin auf die Häufigkeit der Nutzung von Finanzapplikationen beziehungsweise die Anzahl Nutzer von Finanzapplikationen auf Apple Geräten sei nicht zielführend, da der Anteil von Apple am Markt für Mobilgeräte aussen vorgelassen werde.
- Stelle man auf eben diesen Anteil von Apple am *Markt für Mobilgeräte* ab, ergebe dies einen Marktanteil von ca. [30–40 %], womit sie nicht als marktbeherrschend gelten würden. Zum Beweis reichte Apple eine Tabelle ein, die auf der Basis von Verkaufsdaten von Smartphones erstellt worden sei und die die Anteile von «Android», «Apple» und «Andere» für die Jahre 2015/2016/2017 aufzeige:

	2015	2016	2017Q1
Android	[60–70 %]	[50–60 %]	[60–70 %]
iOS (iPhone)	[30–40 %]	[30–40 %]	[30–40 %]
Andere	[0–10 %]	[0–10 %]	[0–10 %]
Total	100 %	100 %	100 %

(2) Zur Definition und Berechnung der Marktmacht im Markt für mobile P2M-Zahlungen:

- Der Bezug von TWINT auf den Entscheid der WEKO zum Zusammenschluss von TWINT und Paymit zur Definition dieses Marktes schlage fehl, da eben keine Definition vorgenommen worden sei.⁷
- Aufgrund der Tatsache, dass nur [...] Zahlkarten für Apple Pay registriert worden seien, sei der Marktanteil von Apple am mutmasslichen P2M-Markt verschwindend klein.

54. Im Gegensatz dazu sei TWINT der mit Abstand grösste Anbieter von mobilen Zahlungsdienstleistungen in der Schweiz, dessen Eigentümer gleichzeitig die grössten Anbieter von Zahlungssystemen auf dem Schweizer Markt seien. Gestützt auf Informationen aus einer Medienmitteilung vom 20. Juli 2017 habe TWINT 375'000 registrierte Nutzer. Ausserdem sei die TWINT-App seit der Lancierung [...] Mal von Schweizer Nutzern aus dem App-Store von Apple heruntergeladen worden.

C.2.2.2 Zur Verhaltensweise

55. In Bezug auf das durch TWINT gerügte Verhalten bringt Apple vor, das angezeigte Problem trete *nur in sehr seltenen Fällen* auf, nämlich, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt seien: (1) die Zahlung beruht auf einer Nutzung von QR-Codes, (2) Apple Pay ist aktiviert, was nur bei einer [...] Gruppe von iPhone-Nutzern der Fall ist, (3) die Zahlung wird über einen bestimmten Typ von Bezahlterminal abgewickelt und (4) das iPhone wird bei der Zahlung zu nah an das Terminal gehalten:

- Bezüglich des ersten Punktes weist Apple darauf hin, dass bei den Anwendungsmöglichkeiten der TWINT-App zwischen der Zahlungsmöglichkeit via Bluetooth-Beacon und QR-Code zu unterschieden sei, wobei die in der Praxis viel bedeutendere Zahlung mittels Beacon nicht von der Anzeige umfasst werde.
- Bezüglich des zweiten Punktes hält Apple fest, Apple Pay werde nur dann automatisch geöffnet, wenn der Nutzer ein entsprechendes Gerät in den NFC-Signalebene halte auf dem Apple Pay aktiviert und eine Zahlkarte für Apple Pay hinterlegt sei. Dies betreffe aber bloss [...] von insgesamt [...] möglichen Schweizer Nutzern.
- Zum dritten Punkt hält Apple fest, dass das von der Anzeigerin beschriebene Problem nur bei denjenigen Terminals bestehe, bei denen das Display für das Ablesen des QR-Codes vor der NFC-Antenne platziert sei. Bei denjenigen Terminals, bei denen die Antenne seitlich platziert sei – wie bei den im schweizerischen Einzelhandel (z.B. bei Migros und Coop) am häufigsten eingesetzten Terminals – könne das Problem nicht auftreten, da in diesen Fällen die NFC-Antenne seitlich strahle, der QR-Code jedoch auf der Vorderseite angezeigt werde. TWINT habe überdies die Population der «kritischen» Terminals nicht genügend dargelegt, weshalb die behaupteten Auswirkungen als übertrieben erachtet würden.
- Zum letzten Punkt weist Apple darauf hin, dass bei einer «korrekten» Nutzung der TWINT-App bzw. des iPhones keine Interferenz entstehe. Das erfolgreiche Scannen eines QR-Codes setze nämlich voraus, dass sich das iPhone in einer bestimmten Distanz zum Bezahlterminal befinde, damit die Kamera des iPhones den QR-Code vollständig erfassen könne. Für das erfolgreiche Scannen eines QR-Codes müsse das

⁷ RPW 2016/4, 1069 f. Rz 59 und 64, *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*.

iPhone weiter von Bezahlterminal weggehalten werden als für die Nutzung des NFC-Signals. Somit könne das von TWINT geschilderte Problem bereits mit der korrekten Instruktion der Nutzer behoben werden.

C.2.2.3 Zu den sachlichen Rechtfertigungsgründen und Lösungsmöglichkeiten

56. Apple betont, dass Apple Pay die vertraulichsten Zahlungsinformationen im sog. *Secure Element* speichere, einem vor Manipulationen geschützten Modul, das in jedem Gerät eingebaut sei, welches Apple Pay unterstütze. Gemeinsam mit dem NFC-Controller sei dieses Secure Element tief in den Geräten integriert und biete in Verbindung mit der Sicherheitssoftware die sicherste Möglichkeit zur Tötigung von Zahlungen. Der Nutzer müsse zunächst eine Zahlkarte in der Apple Wallet zur Nutzung von Apple Pay hinterlegen. Wenn sich das Gerät (iPhone, iPad oder Apple Watch) näher als 10 cm zur Antenne befinde, werde diese Karte automatisch aufgerufen und der Nutzer könne so an jedem NFC-Bezahlterminal kontaktlos bezahlen. [...]. Apple habe grosse Anstrengungen unternommen, damit es zu einer benutzerfreundlichen und konsistenten Nutzererfahrung im Zusammenhang mit ihrer Marke Apple komme, welche gefährdet wäre, wenn TWINT der Unterdrückungsbefehl herausgegeben werden müsste.

57. Aus diesem Grund seien die Verhaltensweisen von Apple durch *sachliche Gründe* gerechtfertigt, da sie dem *Schutz der Integrität und Sicherheit des übergeordneten Kundenerlebnisses* bei der Nutzung von Apple-Produkten dienen. [...]. Würde Apple hingegen TWINT die Unterdrückungsmöglichkeit gewähren, würde dies Verwirrung stiften, wenn ein Nutzer die TWINT-App zufällig während seinem Einkauf geöffnet habe, jedoch an der Kasse mit Apple Pay eine Zahlung tätigen wolle.

58. Schliesslich habe TWINT auch drei Möglichkeiten, um das Problem selber zu lösen:

- Deaktivierung des NFC-Feldes des Terminals bei Zahlung via QR-Code durch das Verkaufspersonal;
- Vermeidung des NFC-Feldes durch Schulung der Nutzer oder Hinweisen auf dem Screen neben dem QR-Code;
- Nutzung der VAS⁸-Dienstleistung von Apple, indem ein Pass in die Apple Wallet integriert würde und eine einmalige TWINT-ID via NFC zum Bezahlterminal übermitteln würde.

C.2.2.4 Zusammenfassung der Stellungnahme von Apple

59. Fehle es an der marktbeherrschenden Stellung, könne auch kein Missbrauch derselben vorliegen und somit sei die Forderung, dass Apple ihren Konkurrenten die Deaktivierung von Apple Pay ermöglichen müsse, unbegründet. Das Verweigern des Zugangs zu einer wichtigen Infrastruktur oder das Verursachen einer Kosten-Preis-Schere könne nur unter bestimmten, hier nicht vorliegenden Umständen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert werden. Auch gebe es keinen Präzedenzfall, wonach ein beherrschendes Unternehmen Konkurrenten die Möglichkeit einräumen müsse, das technische Funktionieren seiner eigenen Technologie zu unterminieren, so wie dies TWINT verlange.

60. Die Ausführungen der Anzeigerin zum Vorliegen eines Verstosses gegen Art. 7 KG und die darauf basierenden Anträge seien daher weder sachlich noch rechtlich begründet. In Bezug auf die von der Anzeigerin geforderten vorsorglichen Massnahmen sei keine der dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt und dieser Antrag deswegen abzuweisen.

⁸ VAS = Value Added Services.

C.2.3 Replik von TWINT vom 22. August 2017

61. TWINT konkretisiert in ihrer Replik, wie bereits geschildert (Rz 13), ihre Rechtsbegehren dahingehend, dass Apple vorsorglich anzuweisen sei, TWINT die Zustimmung für die Verwendung des Programmierbefehls für die Verhinderung der Bevorzugung von Apple Pay bei mobilen Bezahlvorgängen auf der iOS-Plattform zu erteilen.

62. Generell sei zu beachten, dass Apple eine *Anbieterin einer für mobile Bezahl-Apps unabdingbaren Plattform* sei, was Apple in die Lage versetze, Wettbewerber von Marktaktivitäten im Bereich des mobilen Zahlens fernzuhalten oder ihre Aktivitäten zumindest substantiell zu erschweren. Apple bezwecke mit ihrem Verhalten, mobile Bezahl-Apps von Drittanbietern zugunsten von Apple Pay im Wettbewerb zu behindern. Im Übrigen führt TWINT folgendes aus:

C.2.3.1 Zur Marktstellung

63. TWINT bekräftigt, dass Apple auf dem *Markt für mobile Plattformen* über einen sehr hohen Marktanteil verfüge, und erachtet die von Apple vorgebrachten Informationen bezüglich ihrer Marktstellung als unzutreffend. Sie geht aufgrund verschiedener in der Replik genannten Berechnungsmethoden davon aus, dass der Marktanteil von Apple in der Schweiz, je nach Berechnungsmethode, zwischen gut 54 % bis [...] % betrage. TWINT stellt ausserdem fest, dass, obwohl über den Android Play Store im Jahr 2016 weltweit mehr Apps heruntergeladen wurden als über die iOS-Plattform, letztere für App-Entwickler die interessantere Plattform darstelle. Dies aus dem Grund, da mehr als 2/3 der weltweiten Umsätze über den iOS App-Store erzielt würden. Dies führe zu einer Abhängigkeitsstellung von der iOS-Plattform, weshalb der ungehinderte Zugang zu dieser Plattform von essenzieller Bedeutung sei.

64. In Bezug auf die *Marktstellung* von Apple auf dem von TWINT als relevant erachteten Markt für mobile Plattformen erachtet TWINT die Ausführungen von Apple als nicht plausibel. Der Ansatz, die Marktstellung anhand der Anzahl verkauften Mobilgeräten zu errechnen, sei nicht sachgemäss. Dies, weil (1) diese Zahl nicht die sich aktuell im Umlauf befindlichen Geräte widerspiegeln, (2) die Umsätze auch Nutzer mitberücksichtigen, die keine potenziellen Nutzer von Bezahl-Apps seien, und (3) für die Bemessung der Marktstellung einer mobilen Plattform die Anzahl der Nutzer relevant sei, da App-Anbieter eine möglichst grosse potenzielle Kundenbasis auf einer mobilen Plattform erreichen möchten.⁹ So verfüge Apple auf dem zweiseitigen Markt für mobile Plattformen anhand der Anzahl ihrer Nutzer über eine sehr starke Marktstellung.

65. Schliesslich könnten App-Entwickler ihre *potenziellen Kunden mit iOS-Geräten* nur über die iOS-Plattform erreichen, womit Apple als unumgängliche Handelspartnerin in Bezug auf den Zugang zu potenziellen Kunden auf ihrer Plattform über eine «Gate-Keeping Funktion» verfüge. Somit könne die iOS-Plattform als Essential Facility qualifiziert werden und Apple könne sich in Bezug auf den Zugang zu Nutzern vollkommen unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten.

C.2.3.2 Zur Verhaltensweise

66. TWINT konkretisiert, ihr Vorwurf betreffe den Umstand, dass Apple die Funktionsweise der TWINT-App im Vergleich zur eigenen Bezahl-App in erheblicher Weise beschränke und Apple Pay auf der iOS-Plattform bevorzuge. TWINT illustriert die Behinderung von TWINT durch Apple Pay anhand einer Videoaufzeichnung, die zeige, dass der TWINT-Bezahlvorgang

⁹ So habe auch die EU-Kommission in den letzten Jahren bei der Beurteilung der Marktstellung von Plattformen auch die Nutzerzahlen und nicht die Umsatzzahlen als Messbasis herangezogen. (Fn 13).

über QR-Code mit einem iOS-Gerät zugunsten von Apple Pay abgebrochen werde, sobald sich das Gerät in Scanning-Nähe des Terminals befinde.

67. Das vorliegend geschilderte Problem entstehe auch dann, wenn der Nutzer die TWINT-App bewusst und willentlich geöffnet habe und überdies bewusst einen mobilen Bezahlvorgang über die TWINT-App initiere. Sobald sich das Gerät in der beschriebenen Nähe zu einem NFC-Bezahlterminal befinde, werde die TWINT-App zugunsten von Apple Pay unterdrückt, obwohl der Nutzer sich bereits für eine Zahlung mit TWINT entschieden habe. Dies sei eine kalkulierte und bewusste Intervention von Apple, bereits eingeleitete Bezahlvorgänge mit einer konkurrierenden Bezahl-App aktiv auszuschalten.

68. Stossend hierbei sei insbesondere, dass innerhalb des iOS-Systems ein Programmierbefehl existiere, mit dessen Hilfe die Unterdrückung von TWINT zugunsten Apple Pay ausgeschaltet werden könnte. Dieser Befehl sei für gewisse Apps freigegeben worden und werde bereits genutzt. Apple habe jedoch TWINT die Nutzung dieses Programmierbefehls nicht erlaubt.

69. TWINT weist darauf hin, dass sie mit der Verwendung des QR-Codes bereits auf eine Alternative zur praktischsten Bezahlvariante mittels NFC habe ausweichen müssen, da Apple die NFC-Schnittstelle auf iOS-Geräten für die Nutzung von Apple Pay reserviert habe. Damit wenigstens die Alternativlösung mittels QR-Code ungehindert genutzt werden könne, sei TWINT auf die Anwendung des genannten Programmierbefehls angewiesen.

70. TWINT stellt fest, die technische Bevorzugung von Apple Pay auf iOS-Geräten habe grosse Auswirkungen auf ihre Möglichkeiten, für ihre bestehenden Kunden Dienstleistungen zu erbringen und potenzielle Nutzer anzuwerben. Ausserdem wirke sich diese Verhaltensweise in erheblicher Weise negativ auf den Markt für mobiles Bezahlen aus.

71. TWINT führt schliesslich aus, dass bei den verschiedenen erhältlichen Typen von Bezahlterminals die NFC-Antennen an unterschiedlichen Orten angebracht seien. So werde die TWINT-App beispielsweise bei den in jüngerer Vergangenheit in Betrieb genommenen mobilen Terminals unterdrückt, da sich bei diesen das NFC-Modul direkt hinter dem Bildschirm befinde, während dies bei anderen Terminaltypen nicht der Fall sei, wenn die Antenne auf der Seite des Terminals angebracht sei. Den Anteil der kritischen Terminals an der Gesamtpopulation schätzt TWINT, gemäss eigenen Angaben gestützt auf Aussagen von Experten bei einem Acquirer, auf 50–75 %. TWINT folgert daraus, dass die Verweigerung des Zugriffs auf die NFC-Schnittstelle der iOS-Geräte kombiniert mit der gerügten technischen Unterdrückung von Apps, die sich ergibt, wenn ein Apple-Gerät in die Nähe eines NFC-Bezahlterminals gelangt, eine technische Abschottung von potenziell 50–75 % der Bezahlterminals in der Schweiz für alle Bezahl-Apps ausser Apple Pay zur Folge habe.

C.2.3.3 Zu den sachlichen Rechtfertigungsgründen und Lösungsmöglichkeiten

72. In Bezug auf Apples Argument, das geschilderte Problem könne durch eine bessere *Schulung* der TWINT-Nutzer bzw. durch den Hinweis, eine Mindestdistanz von 10 cm einzuhalten, gelöst werden, hält TWINT fest, dies widerspreche der intuitiven Handhabung einer Bezahl-App und verhindere das positive Kundenerlebnis, welches für den Erfolg einer Bezahl-App essentiell sei. Apple behalte sich mit anderen Worten genau das vor, was TWINT verweigert werde.

C.2.3.4 Zusammenfassung der Replik von TWINT

73. Zusammenfassend gelangt TWINT zum Schluss, Apple nütze ihre marktbeherrschende Stellung im vorgelagerten Bereich der mobilen Plattformen missbräuchlich aus, um:

- im nachgelagerten Markt für mobilen Bezahlen der eigenen Bezahl-App einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen und damit Konkurrenten von Apple Pay von den nachgelagerten Märkten zu verdrängen;
- ihre Marktmacht auf dem vorgelagerten Markt für mobile Plattformen auf den nachgelagerten Markt für mobiles Bezahlen zu übertragen («*Leveraging*»).

74. Damit verhindere Apple mit technisch erzwungenen Mitteln und auf künstliche Weise den Leistungswettbewerb beim mobilen Bezahlen und verstosse damit gegen den Grundsatz von Art. 7 Abs. 1 KG.

C.2.4 Duplik von Apple vom 4. Oktober 2017

75. Mit ihrer Duplik vom 4. Oktober 2017 bekräftigt Apple ihren Standpunkt, wonach nicht Apple, sondern TWINT die marktbeherrschende Anbieterin von mobilen Zahlungssystemen sei. Apple wiederholt, die Anzeige von TWINT und der Antrag auf vorsorgliche Massnahmen seien insbesondere aus den folgenden Gründen abzulehnen:

- Apple verfüge in keinem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung;
- keiner der behaupteten Missbräuche sei stichhaltig.

76. Ganz allgemein berufe sich TWINT auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung um einen Befehl zur Unterdrückung von Apple Pay integrieren zu dürfen. Dabei gehe es aber gar nicht um eine Gleichstellung mit Apple Pay. Vielmehr reklamiere TWINT das Recht zur Ausschaltung von Apple Pay und einer Bevorzugung der eigenen App.

77. Im Einzelnen äussert sich Apple wie folgt zu den strittigen Punkten:

C.2.4.1 Zur Marktstellung

78. Apple bestreitet die *Marktdefinition* von TWINT. Einzig der Markt für Smartphones sowie der Markt für Zahlungsdienstleistungen, der auch die unterschiedlichen, nicht mobilen Zahlungsoptionen erfasse, wären aus Sicht von Apple relevant. Unabhängig davon sei sie auf keinem der erwähnten relevanten Märkte marktbeherrschend, und zwar nur schon aufgrund der Tatsache, dass sie sich nicht in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten könne. Hieraus ergebe sich, dass die Verhaltensweisen von Apple auch nicht missbräuchlich seien.

C.2.4.2 Zur Verhaltensweise

79. Apple bringt vor, das von TWINT vorgebrachte Problem sei aufgrund der Anzahl kritischer Terminals und den von ihr durchgeführten Feldversuchen rein hypothetisch. Zudem sei die Wahrscheinlichkeit sehr gering, dass Apple Pay beim *korrekten Umgang* mit QR-Codes unbeabsichtigt starte. Der QR-Code müsse in einem Abstand von ca. 10–30 cm vom Terminal gescannt werden, während Apple Pay bei einem Abstand von 0–5 cm automatisch starte. Apple hält erstens fest, dass der im Video von TWINT gezeigte Scanvorgang insofern irreführend sei, als dass ein Telefon den QR-Code nicht lesen könne, wenn es, wie gezeigt, direkt auf dem Terminal-Bildschirm platziert werde. Zweitens befänden sich bei vielen Terminals die NFC-Leser nicht dort, wo der QR-Code angezeigt werde, was die Wahrscheinlichkeit eines Konfliktes weiter verringere.

80. In den zwei Videoaufnahmen, auf die sich TWINT stütze, sei die PIN-Schutzabdeckung des Terminals heruntergeklappt, was es ermögliche, den Terminal-Bildschirm mit dem iPhone zu berühren. Dadurch werde zwar Apple Pay ausgelöst, jedoch sei es aus dieser Distanz gar nicht möglich, den QR-Code zu scannen, da sich das iPhone hierfür ausserhalb des NFC-Bereichs befinden müsse. Apple illustriert den für das Scannen eines QR-Codes erforderlichen

Abstand mithilfe eines als Beweismittel angefügten Videos, in welchem Tests mit einem Ingenico iWL 250 Terminal und einem Yomani Terminal aufgezeichnet wurden. Apple sei nicht in der Lage gewesen, die in den Videos der Anzeigerin gezeigten Szenarien nachvollziehen zu können, weshalb sie davon ausgehe, dass sie von TWINT gezielt für die Plausibilisierung eines in Wahrheit nicht bestehenden Problems produziert worden seien.

81. Apple moniert schliesslich, sie könne auf das Schreiben von TWINT bezüglich der Häufigkeit der von ihnen als problematisch empfundenen Terminaldesigns keine Stellung nehmen, da die Ausführungen hierzu im Rahmen der Geschäftsgeheimnisvereinbarung komplett geschwärzt worden seien. Sie schätze jedoch, dass die Terminal-Typen, welche TWINT für die Tests verwendet habe, bloss 1–2 % der Gesamtzahl der Terminals in der Schweiz ausmachen würden. Ausserdem sei bekannt, dass es nur wenige Terminals gebe, die sowohl NFC als auch die QR-Code-Funktion unterstützen.

C.2.4.3 Zu den sachlichen Rechtfertigungsgründen und Lösungsmöglichkeiten

82. Apple legt dar, dass die Offenlegung des Unterdrückungsbefehls die Funktionalität von Apple Pay beeinträchtigen würde. Bei einer Genehmigung des Antrages von TWINT werde Apple Pay nicht mehr starten, auch nicht wenn der Nutzer damit eine Zahlung auslösen wolle, auf dem iPhone jedoch zufällig die TWINT-App geöffnet sei. Dies könne zum Beispiel in Situationen auftreten, in welchen der Nutzer im Geschäft auf der TWINT-App etwa den Saldo des Bankkontos überprüfen, Geld an einen anderen Nutzer überweisen oder eine andere Funktion von TWINT nutzen, danach aber die Zahlung an der Kasse mittels Apple Pay durchführen wolle. Der Nutzer würde dann nicht verstehen, weshalb Apple Pay nicht funktioniere.

83. Apple weist erneut auf die gegenüber TWINT vorgeschlagenen *Lösungsmöglichkeiten* hin, welche nicht wahrgenommen würden:

- Software-Patch: Dieser würde das NFC-Feld ausschalten, wenn ein Kunde mit QR-Code bezahlen möchte. Diese Lösung sei von CCV, einem kleinen Wettbewerber der TWINT-Aktionäre und PostFinance im Schweizer Markt für Zahlkartenterminals, seit Januar 2017 umgesetzt worden.
- Umgekehrte QR-Lösung: TWINT könne Händler mit QR-Code-Lesegeräten ausstatten, mit welchen die auf den Geräten der Nutzer angezeigten QR-Codes gelesen werden können.
- Bluetooth Lösung: Mit der bereits von TWINT praktizierten Lösung mit Bluetooth-Beacons werde eine Verbindung zwischen dem Gerät des Nutzers und der Kasse hergestellt und könne offline genutzt werden.
- VAS-Dienstleistung: TWINT bringe zu Unrecht vor, diese Lösung funktioniere nur in einem online-Setting. Die VAS-Dienstleistung funktioniere auch offline, ganz im Gegensatz zu der QR-Lösung von TWINT, welche ihrerseits nur in einem Online-Szenario funktioniere.
- «Zurück zu TWINT»: TWINT generiere eine Meldung, wenn ein mobiles Gerät Apple Pay automatisch auslösen wolle, womit dem Nutzer eine schnelle Möglichkeit zur Rückkehr zu TWINT ermöglicht werde.

84. Apple führt weiter aus, die von TWINT verwendeten QR-Codes bedingten, dass das mobile Gerät für das Scanning in einer bestimmten Distanz weg vom Terminal und eben nicht in den NFC-Bereich des Terminal gehalten werde, da das Gerät sonst den QR-Code nicht lesen könne. Somit könne bei korrekter Verwendung eigentlich gar kein Problem entstehen (es handle sich um ein «Putativproblem»). Von den vorgebrachten Lösungsvorschlägen scheine ein Software-Update der Terminals durch SIX am einfachsten umsetzbar. Dieses Update

müsse so ausgestaltet werden, dass die NFC-Antenne am Terminal bei einer TWINT-Zahlung ausgeschaltet werde, was das Potenzial für eine NFC-Störung umgehend eliminiere.

85. TWINT habe des Weiteren bereits Massnahmen ergriffen, um die Funktionalität ihrer App zu verbessern, indem sie ihre Nutzer instruiere, den QR-Code aus einer Distanz von 10–20 cm zu scannen. Die Nutzer würden hierauf zudem auch beim Benutzen der App mit visuellen Hilfen unterstützt, damit der QR-Code aus einer grösseren Distanz zum Terminal gescannt werde, bei welcher es zu keinen Störungen durch Apple Pay komme. Dass TWINT diese Lösungen bereits umgesetzt habe, ohne jedoch das Sekretariat darüber zu informieren, lasse sie als unglaubwürdig erscheinen.

C.3 Schriftenwechsel mit SIX

C.3.1 Angaben von SIX zu den Bezahlterminals vom 15. September 2017

86. Mit Schreiben vom 15. September 2017 äusserte sich SIX zu den Fragen des Sekretariats vom 14. September 2017 wie folgt:

[Die Eingabe von SIX vom 15. September 2017 bezüglich Terminals legt dar, dass bei der Mehrheit der aktuell oder demnächst im Einsatz stehenden Bezahl-Terminals von SIX und Aduno die NFC-Chips so eingebaut sind, dass Interferenzen zwischen NFC und QR-Code wahrscheinlich sind.]

87. Zusammengefasst bedeute dies, dass es bei rund [50–75 %] der aktuellen oder demnächst im Einsatz stehenden Terminals von SIX und Aduno potenziell zu einer Unterdrückung der TWINT-App durch Apple Pay kommen könne. Hierdurch sei auch die von TWINT in ihrer Replik angegebene Schätzung plausibilisiert, wonach rund 50–75 % der Gesamtpopulation an Terminals potenziell von einer Unterdrückung der TWINT-App durch Apple Pay betroffen sei.

C.3.2 Schreiben von SIX vom 19. Oktober 2017

88. SIX nahm auf die weiterführenden Fragen des Sekretariats mit Schreiben vom 19. Oktober 2017 wie folgt Stellung:

- Auf die Frage, ob sie als Anbieterin von Bezahlterminals in der Schweiz in der Lage wäre, das Problem der Interferenz zwischen NFC und QR-Code mit einem einfachen Software-Update zu lösen, nannte SIX drei potenzielle Möglichkeiten:
 - *An der Kassenapplikation:* Bei dieser Lösung würde das Kassenpersonal das NFC-Feld bei Bedarf deaktivieren, was jedoch mehr als ein einfaches Software-Update erfordere und darüber hinaus weder der gängigen Praxis beim Acquiring entspreche noch aus Sicht des Händlers akzeptabel sei.
 - *Am Bezahlterminal:* Die derzeit im Einsatz stehenden Bezahlterminals [...]. Ein vorgängiges Abschalten bestimmter Bezahlmethoden zugunsten einer anderen Bezahlmethode entspreche überdies auch nicht den vorgegebenen Terminalstandards und würde zudem zu Konflikten mit dem schweizerischen ep2-Standard¹⁰ wie auch den internationalen Standards für Bezahlssysteme führen.
 - *An der App auf dem Smartphone:* Die Aufhebung der Interferenz innerhalb der App selbst würde der heutigen Logik von SIX und auch den Marktanforderungen folgen. Letztlich soll der Kunde selbst die gewünschte Bezahlungsmethode wählen können.

¹⁰ Bei ep2 handelt es sich um den schweizerischen Standard für Bezahlterminals, welcher durch Verein «Technical Cooperation ep2» gepflegt wird, vgl. http://www.eftpos2000.ch/website/cms/front_content.php (12.3.2019).

- Auf die Frage, ob sie alternative Möglichkeiten hätten, das Problem zu beseitigen, und mit welchem Aufwand dies verbunden wäre:
 - Ein Software-Update auf den Kassensystemen der Händler würde zu unverhältnismässig hohen Aufwänden bei den Händlern und bei SIX führen, und zwar sowohl auf Stufe Engineering als auch bei Implementation, Rollout, Schulungen des Personals, Änderungen der Prozesse etc.

C.4 Augenschein vom 19. Dezember 2017

C.4.1 Augenschein

89. Am Nachmittag des 19. Dezember 2017 führte das Sekretariat in den Räumlichkeiten der SIX in Zürich einen Augenschein unter Anwesenheit der Parteien sowie Vertretern von SIX durch. Es wurde getestet, ob sich bei Bezahlvorgängen auf verschiedenen iPhones, auf welchen sowohl Apple Pay als auch TWINT installiert sind, Konflikte zwischen den beiden Applikationen ergeben. Konkret ging es um die Frage, ob beim Scannen eines QR-Codes auf dem Display verschiedener Terminals bei geöffneter TWINT-App eine Interferenz mit der NFC-Funktion des Terminals dazu führt, dass automatisch Apple Pay geöffnet wird.

90. Zu diesem Zweck wurden Bezahlvorgänge mit verschiedenen iPhone-Modellen durchgeführt, welche von SIX, Apple und dem Sekretariat mitgebracht wurden, und zwar auf folgenden durch das Sekretariat im Vorfeld ausgewählten Terminal-Modellen mit jeweils folgendem Resultat:

- Yoximo (TWINT ready), Interferenz festgestellt
- Yomani (TWINT ready), keine Interferenz festgestellt
- Davinci II (TWINT ready), Interferenz festgestellt
- Ingenico Move (TWINT ready), keine Interferenz festgestellt
- Verdi (TWINT inaktiv, Rollout aber demnächst), Interferenz festgestellt
- Ingenico Mobile (TWINT inaktiv, Rollout aber demnächst), Interferenz festgestellt

91. Zusammengefasst stellte das Sekretariat die beschriebene Interferenz bei vier der getesteten Terminals fest. Es wurde deutlich, dass das Auftreten der Interferenz, neben der Distanz des iPhones zum Terminal, auch eng mit der Geschwindigkeit und dem Annäherungswinkel des iPhones an das Terminal zusammenhängt und durch ein langsames Annähern von oben eher vermieden werden kann. Dabei gilt festzuhalten, dass diese Faktoren bei neueren Terminals, die über NFC-Antennen mit stärkerer Sendeleistung verfügen, nicht ausschlaggebend sind und Apple Pay bereits bei einer Distanz von 10–15 cm automatisch startet. Bei Terminals mit seitlich installierter Antenne, die nicht nach oben abstrahlt, trat die Interferenz nicht auf, da der Scanvorgang des QR-Codes auf der Vorderseite des Terminals stattfindet und in diesem Fall nicht von der NFC-Strahlung beeinträchtigt wird. Die Interferenz trat auch bei denjenigen Terminals nicht auf, die den QR-Code grösser darstellen, was wohl darauf zurückzuführen ist, dass in diesem Fall das Gerät intuitiv weiter vom Terminal weggehalten wird, und zwar ausserhalb der Reichweite der NFC-Antenne.

92. Bei einigen Tests, bei welchen eine Interferenz auftrat, erschien auf dem iPhone eine Push-Benachrichtigung von TWINT, die es dem Kunden ermöglicht, zu der TWINT-App zurückzukehren und die Zahlung abzuschliessen. Auf die Meinung von Apple, dass dies die Lösung des Problems darstelle, entgegneten die Vertreter von TWINT, dass nur etwa 50 % der Nutzer ihrer App solche Push-Nachrichten zulassen würden. Ausserdem könne sich auch eine

«technische Schleife» ergeben, in welcher sich, nach anwählen der Push-Nachricht wieder Apple-Pay öffne, was das Kundenerlebnis beider Bezahlapplikationen beeinträchtigt.

93. TWINT bestätigte im Rahmen des Augenscheins, dass im Falle von TWINT-Zahlungen über Bluetooth-Beacons keine Interferenzen auftreten würden, da zurzeit die Möglichkeit bestehe, die Beacons nicht in unmittelbarer Nähe der Karten-Terminals zu positionieren. Dies werde sich aber unter Umständen ändern, da gewisse Kunden den Wunsch nach der Integration des Beacons in die Terminals geäußert hätten.

C.4.2 Korrespondenz im Anschluss an den Augenschein

C.4.2.1 Schreiben von Apple vom 28. Dezember 2017

94. Im Anschluss an den Augenschein vom 19. Dezember 2017 liess Apple dem Sekretariat weitere Fragen zu folgenden Themen zukommen: (1) Höhe der Marktdurchdringung der für den Augenschein ausgewählten Terminals, (2) die Gründe, weshalb SIX nicht in der Lage sei, die Wahl der Zahlungsmethode dem Kunden oder dem Merchant zu überlassen, wie dies im EMV Rule book vorgesehen sei, (3) weshalb TWINT nicht bei ihren Muttergesellschaften darauf hinwirke, dass der Kunde oder der Merchant die Zahlungsmethode auswählen könne bzw. die Interferenz vermieden werden könne, (4) weshalb SIX den QR-Code auf dem Terminal nicht grösser darstellen könne und (5) weshalb TWINT nicht darauf hinwirke, dass der QR-Code auf dem Terminal grösser dargestellt werde.

C.4.2.2 Schreiben von Apple vom 31. Januar 2018

95. Mit Schreiben vom 31. Januar 2018 nahm Apple Stellung zu den im Rahmen des Augenscheins durchgeführten Tests. Sie hielt fest, dass es nun erwiesen sei, dass die TWINT-App normal genutzt werden könne. Interferenzen entstünden nur dann, wenn die Nutzer Apple Pay mit «geradezu unnatürlichen Bewegungen» zu aktivieren versuchten und selbst dann hätten sie die Möglichkeit, mithilfe der Meldung «zurück zu TWINT» ihre Zahlung mit TWINT auszuführen.

96. Apple monierte die vom Sekretariat erstellte Tabelle über die Testergebnisse, die Unvollständigkeit des Protokolls, die Testumgebung und die Testmethode. Weiter auch, dass nicht objektive Mitarbeiter des Sekretariats als Testpersonen agierten, dass das Sekretariat trotz fehlenden Fachwissens Schlussfolgerungen aus diesen Tests ziehe, die Voreingenommenheit des Case Teams und schliesslich, dass die Terminals vorgängig nicht auf eine etwaige Veränderung hätten überprüft werden können.

97. Sie hielt sodann fest, bei zwei Terminaltypen (Verdi und Ingenico Mobile) hätten sich zwar Interferenzen ergeben, jedoch würden diese die TWINT-Transaktionen mit QR-Code nicht unterstützen. Diese Terminaltypen seien darüber hinaus von SIX/TWINT deshalb ausgewählt worden, weil sie besonders problematisch seien.

98. Apple weist erneut auf die alternativen Lösungen für das von TWINT beschriebene Problem hin (Software Update, Vergrösserung des QR-Codes, Verwendung von Bluetooth-Beacons, Meldung «zurück zu TWINT») und wiederholt ihre Auffassung, wonach die Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen nicht vorlägen.

C.4.2.3 Schreiben des Sekretariats vom 5. Februar 2018 an Apple

99. Das Sekretariat wies mit Schreiben vom 5. Februar 2018 die Vorwürfe von Apple betreffend die Voreingenommenheit des Case Teams des Sekretariats zurück und forderte Apple dazu auf, die Vorwürfe im Rahmen eines Ausstandsbegehrens zu substantiieren, falls daran festgehalten werde.

100. Das Sekretariat wies Apple überdies darauf hin, dass es auch ihr angeboten habe, einen Augenschein durchzuführen, und dieses Angebot weiter Bestand habe. Das Sekretariat widerlegte die Vermutung von Apple in Bezug auf die Terminalauswahl, indem sie ihr eine E-Mail des Sekretariates an TWINT vorlegte, aus welcher hervorging, dass die Terminalauswahl durch das Sekretariat vorgenommen wurde.

C.4.2.4 Schreiben von Apple vom 14. Februar 2018

101. Mit Schreiben vom 14. Februar 2018 nahm Apple Stellung auf das Schreiben des Sekretariates. Sie verneinte ihre Absicht, ein Ausstandsbegehren zu stellen, und bekräftigte ihre Ansicht zu folgenden Punkten:

- Das Protokoll des Sekretariates gebe den Verlauf der Tests nicht korrekt wieder.
- Bei allen Terminals hätten erfolgreich TWINT-Transaktionen durchgeführt werden können.
- Die Tests hätten nicht geprüft, ob das behauptete Problem unter Marktbedingungen auftrete.
- Bei allen Terminals hätten erfolgreich TWINT-Transaktionen durchgeführt werden können, ohne dass Apple Pay ausgelöst worden wäre.
- Würden Nutzer ihr Gerät so nahe an das Terminal halten, dass Apple Pay ausgelöst werde, geschehe das aus dem Grund, weil sie mit Apple Pay zahlen wollten.
- TWINT lege, im Gegenteil zu Apple, wenig Gewicht darauf, ihre Nutzer in der korrekten Verwendung ihrer App zu unterweisen.

102. Apple wiederholte die von ihr bereits genannten Möglichkeiten, wie die Interferenzen von TWINT bzw. SIX behoben werden könnten. In Bezug auf das sekretariatsseitige Angebot, zusätzlich eigene Tests in Anwesenheit aller Beteiligten durchzuführen, hielt Apple eine Vielzahl von Rahmenbedingungen fest, die das Sekretariat bei der Durchführung eines eigenen Augenscheins notwendigerweise beachten müsse.

C.5 Weitere Korrespondenz mit den Parteien

C.5.1 Schreiben von TWINT vom 19. März 2018

103. Am 19. März 2018 erhielt das Sekretariat die Stellungnahme von TWINT in Bezug auf die E-Mail des Sekretariats vom 7. Februar 2018, in welchem das Sekretariat weitere Informationen zur Klärung offener Fragen eingefordert hatte.

104. Zusammengefasst bestätigte TWINT, dass der Unterdrückungscode von Apple entweder so programmiert werden könne, dass er automatisiert ausgelöst werde oder erst mit Drücken des «Bezahlen» Buttons in der TWINT-App. Diese dadurch bewirkte kurzfristige Deaktivierung der NFC-Funktion würde, nach der Ausführung der Zahlung mit TWINT, durch das Betriebssystem automatisch wieder aktiviert, wenn der Nutzer die TWINT-App durch Drücken des Home-Buttons in den Hintergrund versetze. Die Frage des Sekretariates, ob konkrete Beschwerden von Kunden oder Merchants in Bezug auf die Interferenz vorliegen würden, verneinten sie. Gleichzeitig wiesen sie jedoch darauf hin, dass Kunden bei einer unzuverlässigen Funktionsweise einer App einfach auf ein alternatives Zahlungsmittel wechseln und sich in den meisten Fällen deswegen nicht beim Anbieter beschweren würden.

105. Zur Frage betreffend die Möglichkeit, die Darstellungsgrösse des QR-Codes auf den Terminals zu verändern, hielt TWINT fest, dass diese durch zwei Vorgaben von SIX bzw. des ep2 Gremiums¹¹ begrenzt sei:

- *Platzierung des NFC-Logos:* Das NFC Logo müsse exakt über derjenigen Stelle platziert werden, wo im Gehäuseinnern des Terminals die NFC-Antenne angebracht sei, damit der Kunde wisse, wohin er seine Kreditkarte bzw. NFC-fähiges Smartphone halten müsse. Falls die Antenne hinter dem Display platziert sei, müsse das NFC Logo in der Mitte des Displays angezeigt werden. Damit werde der für den QR-Code verfügbare Platz auf die vier Ecken des Displays beschränkt.
- *Darstellung unterstützter Zahlungsmittel:* Bei gewissen Terminals müssen die akzeptierten Zahlungsmittel auf dem Display angezeigt werden. Dies beschränke ebenfalls den auf dem Terminal verfügbaren Platz für die Darstellung des QR-Codes.

106. Auf die Frage des Sekretariates betreffend die Zusammenarbeit mit CCV und die Möglichkeit, die NFC-Funktion am Terminal auszuschalten, nahm TWINT folgendermassen Stellung:

- Auf CCV-Terminals werde die TWINT-Zahlung durch Drücken einer «TWINT-Taste» initiiert, worauf der CCV-Server TWINT aufrufe und einen von TWINT generierten «Einmal-Token» (kurzzeitiger Zahlungscode) erhalte, welcher vom Terminal als QR-Code angezeigt werde. Dieser könne vom Nutzer gescannt werden, wodurch die Zahlung ausgeführt werde. Das Drücken der «TWINT-Taste» deaktiviere somit NFC.
- Diese Lösung sei jedoch nur auf bestimmten mobilen Terminal-Typen implementiert, welche vom Personal bedient und dem Kunden z.B. in Restaurants an den Tisch gebracht werden. Jedoch sei diese Lösung auch in einem solchen Setting nur mit Einschränkungen praktikabel, da die Handhabung der Terminals eine Schulung voraussetze und nicht sichergestellt werden könne, dass eine solche auch durchgeführt werde. Für kassenintegrierte Terminals sei diese Lösung nicht praktikabel.

107. Dem Schreiben wurden auch aktuelle Zahlen zur Verbreitung von TWINT beigefügt. Zudem wurde festgehalten, dass SIX sämtliche Begehren von Apple ablehne, höchstvertrauliche Geschäftsgeheimnisse preiszugeben und deshalb die Terminalpopulation im Anhang des Schreibens durch die Angaben von Bandbreiten ersetzt habe.

C.5.2 Schreiben von TWINT vom 18. April 2018

108. Mit Schreiben vom 18. April 2018 stellte TWINT dem Sekretariat weitere Unterlagen zur möglichen technischen Umsetzung der Unterdrückung von Apple Pay in der TWINT-App mit zahlreichen Beilagen zu.

109. TWINT illustrierte in ihrem Schreiben den technischen Prozess der geplanten Unterdrückung von Apple Pay bei einer Zahlung mit QR-Code am Terminal. Demnach würde die von TWINT geplante Unterdrückung von Apple Pay mit dem Aufruf des Screens «QR-Code Scanner» aktiviert und werde nach dem Abschluss der Zahlung, bzw. der Anzeige der Zahlungsbestätigung oder einer erfolgten Teilzahlung (bei einem zu tiefen TWINT Saldo) wieder deaktiviert. Im Falle, dass die Zahlung nicht ausgeführt werden könne oder sie aufgrund eines Fehlers unterbrochen werde, würde die Unterdrückung von Apple Pay aufgehoben werden. Eine Ausnahme hiervon bilde ein Fehler beim Scannen des QR-Codes, da in diesem Fall der Nutzer den Screen QR-Code Scanner nicht verlasse und somit die Unterdrückung bestehen bleibe. TWINT habe versucht, die Unterdrückung von Apple Pay unter Laborbedingungen zu

¹¹ Vgl. Fn 10.

testen, die korrekte Implementierung sei jedoch an der fehlenden Bewilligung gescheitert, weshalb kein *proof of concept* möglich gewesen sei. Sie habe die verschiedenen Szenarien jedoch nachstellen können und fügte Videoaufnahmen bei sowie die für die Unterdrückung von Apple Pay verwendeten Codeausschnitte.

110. TWINT hielt fest, dass sie nach einer erfolgten Bewilligung für die Verwendung des Codes für die Unterdrückung im Rahmen ihres Release Prozesses die Durchführung interner Tests durch ihre IT im Labor planen würde. Das Ziel dieser Tests sei es zu prüfen, ob durch die Implementierung des Codes Apple Pay tatsächlich nur in den beschriebenen Szenarien unterdrückt werde und bei allen anderen Funktionen der TWINT-App ohne Behinderung für den Benutzer funktioniere.

111. In einem zweiten Schritt würde im Rahmen des Betatestings, das nicht mehr in der Verantwortung der IT sei, sondern direkt durch das Produktmanagement durchgeführt werde, die TWINT-App unter möglichst realen Bedingungen getestet. TWINT legte eine Beschreibung des Vorgehens für dieses Betatesting ihrem Schreiben bei.

112. Schliesslich sei TWINT bei ihren Recherchen auf einen Blogeintrag gestossen, in welchem der Mechanismus der Unterdrückung von Apple Pay beschrieben werde. Sie legten diesen Blogbeitrag ihrem Schreiben bei. Dieser sei von einem Mitarbeiter von PayPal verfasst worden und zeige, dass Apple anderen Anbietern von Bezahlssystemen die entsprechende Berechtigung zur Unterdrückung von Apple Pay erteilt habe. Dies sei insofern interessant, als dass PayPal in direkter Konkurrenz zu TWINT wie auch Apple Pay stehe.

C.5.3 Schreiben von Apple vom 20. April 2018

113. [...].

114. [...].

C.6 Mailverkehr mit PayPal-Entwickler

115. Aufgrund des Hinweises von TWINT auf einen Blogeintrag im Internet bezüglich der Unterdrückung von Apple Pay hat das Sekretariat am 11. Mai 2018 eine E-Mail an den für diesen Eintrag verantwortlichen Entwickler von PayPal gesendet.¹² Dabei stellte das Sekretariat unter anderem die Fragen, ob der Unterdrückungsbefehl Apple Pay zwingend bereits mit dem Öffnen einer anderen Bezahlapplikation unterdrücke oder ob diese Unterdrückung innerhalb der geöffneten App auch zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen könne und ob die Unterdrückung von Apple Pay auch dann beendet werden könne, wenn die andere Bezahlapplikation, wegen der Apple Pay unterdrückt wird, noch geöffnet sei.

116. Mit E-Mail vom 12. Mai 2018 antwortete der Entwickler von PayPal unter anderem, dass (1) Apple Pay jederzeit wieder aktiviert werden könne und (2) Apple Pay nicht sofort beim Öffnen der anderen App unterdrückt werden müsse, dass also die Unterdrückung auch zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen könne.

C.7 Korrespondenz mit den Parteien in Hinblick auf eine einvernehmliche Lösung

117. Aufgrund dieser Antworten gelangte das Sekretariat mit Schreiben vom 15. Mai 2018 an Apple. Hintergrund dieses Schreibens bildete auch der Umstand, dass das Sekretariat die Aussagen gewisser Vertreter von Apple anlässlich der Sitzung vom 21. März 2018 so verstanden hatte, dass eine Unterdrückung der NFC-Funktion (und damit von Apple Pay) beschränkt

¹² Konkret handelt es sich um einen Senior Lead Mobile Engineer bei PayPal.

auf die Dauer des reinen Zahlungsvorgangs technisch nicht möglich sei. Das Sekretariat gab an, es erachte es aufgrund des Mailverkehrs mit dem PayPal-Entwickler durchaus als glaubhaft, dass eine zeitlich beschränkte Unterdrückung möglich sei. Apple solle daher angeben, ob Bereitschaft bestehe, die Unterdrückungsmöglichkeit zur Erstellung einer Testversion freizugeben.

C.7.1 Schreiben von Apple vom 2. Juli 2018

118. Mit Eingabe vom 2. Juli 2018 nahm Apple wie folgt Stellung zum Schreiben des Sekretariates vom 15. Mai 2018:

- Zunächst handle es sich um ein Missverständnis, wenn das Sekretariat die Aussagen von Apple, die am 21. März 2018 im Rahmen des Treffens bei der WEKO geäußert worden seien, dahingehend verstanden habe, dass Apple die Unterdrückung von Apple Pay technisch für nicht möglich erachte. Allerdings erfasse die Unterdrückungsmöglichkeit die gesamte Applikation, wobei Apple die Unterdrückung nicht auf eine bestimmte Benutzeraktion begrenzen könne.
- Zwecks richtiger Beurteilung des geplanten Einsatzes des Unterdrückungscodes verlange Apple von TWINT daher die Offenlegung der diesbezüglichen Informationen. Apple weist darauf hin, dass selbst wenn Apple Pay durch den Einsatz des Unterdrückungscodes nicht untergraben werden würde, TWINT bzw. deren Einsatz der Unterdrückung ständig überwacht werden müsste, um sicherzustellen, dass die Unterdrückung nur im beschriebenen Umfang erfolge (Monitoring).
- [...].

119. Schliesslich bringt Apple in einer Fussnote vor, dass der Blogeintrag, auf den das Sekretariat verweise, sich auf die Applikation «PayPal Here – Point of Sale» von PayPal beziehe, die für Händler zur Akzeptanz von Zahlungen entwickelt wurde. [...].

C.7.2 Schreiben von TWINT vom 10. August 2018

120. Das Sekretariat liess TWINT das Schreiben von Apple vom 2. Juli 2018 in einer geschäftsgeheimnisbereinigten Version vom 13. Juli 2018 zur Stellungnahme zukommen, verbunden mit der Aufforderung, Lösungsmöglichkeiten für die von Apple formulierten Anliegen vorzuschlagen.

121. Mit Schreiben vom 10. August 2018 teilte TWINT dem Sekretariat mit, sie sei daran interessiert, zu einer Einigung mit Apple bezüglich der Unterdrückung von Apple Pay bei einer Verwendung der TWINT-App Hand zu bieten. Zudem reichte TWINT ein Memo ein, welches den dafür vorgesehenen technischen Prozess ausführt.

C.7.3 Schreiben von Apple vom 28. September 2018

122. Auf die Frage des Sekretariates hin, ob Apple unter Berücksichtigung der Eingabe von TWINT vom 10. August 2018 bereit sei, die Problematik der Unterbrechung der TWINT-App durch Apple Pay zu lösen, antwortete Apple mit Schreiben vom 28. September 2018.

123. In ihrem Schreiben wiederholte Apple ihre Bedenken betreffend die Unterdrückung von Apple Pay und äusserte zudem diverse Bedenken in Zusammenhang mit der geplanten Testphase sowie dem Monitoring der App nach Herausgabe des Unterdrückungscodes. [...].

C.8 Antrag des Sekretariates betreffend vorsorgliche Massnahmen

124. Nachdem es zu keiner bilateralen Lösung des Problems zwischen Apple und TWINT gekommen war, verschickte das Sekretariat am 16. Oktober 2018 seinen Antrag betreffend

vorsorgliche Massnahmen an die Parteien und räumte ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme ein. Aufgrund der Tatsache, dass es in der Folge zu Verpflichtungszusagen von Apple gekommen ist, die geeignet sind, die wettbewerblich bedenkliche Verhaltensweise zu beheben, und im Rahmen von Anregungen des Sekretariats nach Art. 26 Abs. 2 KG umgesetzt werden konnten, erübrigt sich hier eine eingehende Darstellung dieses Antrags und der damit verbundenen Stellungnahmen der Parteien, soweit es um die formellen und materiellen Voraussetzungen von vorsorglichen Massnahmen ging. Der Antrag auf vorsorgliche Massnahmen bildet aber dennoch die Grundlage des vorliegenden Schlussberichts.

D Erwägungen

D.1 Geltungsbereich

125. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

126. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Apple ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

127. Auf Ausführungen zum sachlichen, örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des KG sowie zur Zuständigkeit kann vorliegend verzichtet werden.

D.2 Vorbehaltene Vorschriften

128. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

129. In den hier zu beurteilenden Märkten sind keine Vorschriften ersichtlich, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

D.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

130. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

131. Vorliegend wird geprüft, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich Apple – wie durch TWINT geltend gemacht – i.S. von Art. 7 KG unzulässig verhalten hat, indem sie ihre allfällige marktbeherrschende Stellung dahingehend missbrauchte, um Verhaltensweisen auszuüben, die geeignet erscheinen, Wettbewerber auf dem Markt für mobile Bezahlösungen zu behindern. Zu diesem Zweck gilt es zu klären, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass erstens eine marktbeherrschende Stellung vorliegt und zweitens eine solche missbraucht wird bzw. wurde.

D.3.1 Marktbeherrschende Stellung

132. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

133. Um festzustellen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich Apple tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

D.3.1.1 Relevanter Markt

134. Bei der Abgrenzung der relevanten Märkte ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹³

135. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt damit aus Sicht der Marktgegenseite: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.¹⁴ Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁵ Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.¹⁶ Auszugehen ist vom Gegenstand des konkreten Verfahrens.¹⁷

D.3.1.1.1 Übersicht und Charakteristika der involvierten Marktstufen

D.3.1.1.1.1 Applikationen für mobile Plattformen

136. Im Zusammenhang mit Applikationen für mobile Plattformen spielen mehrere Marktteilnehmer eine wichtige Rolle. Eine Marktstudie der Universität St. Gallen hat die Marktteilnehmer der «App-Economy Schweiz» wie folgt dargestellt:¹⁸

¹³ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

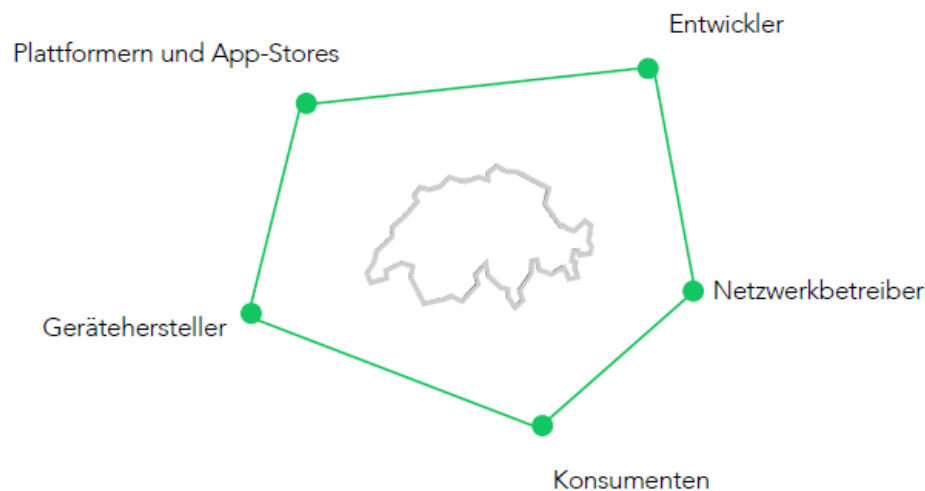
¹⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁵ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

¹⁶ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁷ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁸ Vgl. «App-Economy Schweiz – Eine Marktstudie der Universität St.Gallen, 30.4.2015 (abrufbar unter: <https://de.slideshare.net/andreakback/marktstudie-app-economy-schweiz> [27.8.18]), 6.



137. Im vorliegenden Zusammenhang spielen die Netzwerkbetreiber keine Rolle. Zudem vereinfacht sich das oben gezeigte Schema im vorliegenden Fall weiter, weil Apple das Gerät (iPhone, iPad), die mobile Plattform, d.h. das Betriebssystem iOS, sowie den App-Store, aus dem die Nutzer/Konsumenten Apps herunterladen können, aus einer Hand anbietet. Diese Apps werden von App-Entwicklern im App-Store angeboten. Es ergibt sich ein sogenannter zweiseitiger Markt, bei dem auf der einen Seite die App-Entwickler und auf der anderen Seite die Nutzer stehen, und der App-Store die beiden Gruppen zusammenbringt.¹⁹

138. Wichtig für das Verständnis der Funktionsweise solcher Märkte sind die sogenannten indirekten Netzwerkeffekte, d.h. der Umstand, dass die Attraktivität einer Plattform für die Nutzer umso grösser ist, je mehr Applikationen verfügbar sind und umgekehrt, für die Entwickler die Attraktivität davon abhängt, wie viele Nutzer vorhanden sind. Diese Effekte lassen sich mit folgender Grafik illustrieren:

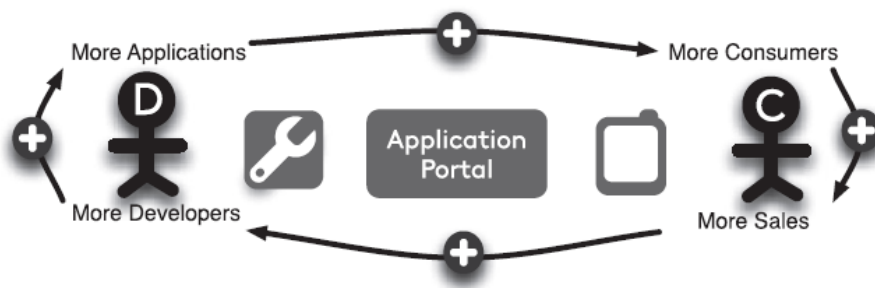


Fig. 2. Positive feedback loop in the two-sided mobile application market.

Quelle: HOLZER/ONDRUS²⁰

¹⁹ Vgl. SONG/XUE/RAI/ZHANG, The ecosystem of software platform: A study of asymmetric cross-side network effects and platform governance, MIS Quarterly, 2018, 1 (abrufbar unter: http://questrom-world.bu.edu/platformstrategy/files/2015/06/platform2015_submission_26.pdf [27.8.18]); vgl. generell zu digitalen Plattformen BUNDESKARTELLAMT, Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, 2015, 10 f.

²⁰ Vgl. ADRIAN HOLZER/JAN ONDRUS, Mobile application market: A developer's perspective, Telematics and Informatics 28 (2011), 24 (abrufbar unter: http://skateboardingalice.com/papers/2011_Holzer.pdf [27.8.18]).

D.3.1.1.1.2 Mobile Payments

139. Im vorliegenden Fall weisen aber nicht nur die mobilen Plattformen Charakteristika von zweiseitigen Märkten auf, sondern auch die nachgelagerte Marktstufe für Mobile Payments. Es geht dabei um Applikationen, welche es erlauben mit dem Smartphone zu bezahlen. Dieser Markt ist insofern nachgelagert, als dass Bezahlapplikationen wie die TWINT-App über mobile Plattformen wie die iOS-Plattform mit dem dazugehörigen App-Store vertrieben werden. Der Markt ist insofern zweiseitig, als die Nutzer einer solchen Bezahlösung mit den Händlern zusammengebracht werden, welche eine entsprechende Zahlung akzeptieren. Auch hier bestehen indirekte Netzwerkeffekte: Die Bezahlösung ist umso attraktiver, je mehr Teilnehmer auf der jeweils anderen Marktseite angeschlossen sind.²¹

140. Zu beachten ist, dass Apple mit Apple Pay eine eigene Mobile Payment-Lösung anbietet. Diese muss im Gegensatz zu den Bezahlösungen der Konkurrenz nicht als App heruntergeladen werden, sondern ist bereits vorinstalliert. Es genügt, Apple Pay durch die Hinterlegung einer Bezahlkarte zu aktivieren.

D.3.1.1.2 Relevante Marktgegenseite

141. Ausgehend vom Verfahrensgegenstand ist diejenige Marktgegenseite zu bestimmen, aus deren Sicht der relevante Markt abzugrenzen ist. Auslöser dieses Verfahrens ist eine Anzeige von TWINT, welche als *Entwicklerin einer Mobile Payment-App* tätig ist, die im App-Store von Apple angeboten wird. Die Marktabgrenzung hat aus dieser Perspektive zu erfolgen.

142. Dies bedeutet, dass für die Marktabgrenzung im vorliegenden Fall weder die Sicht der Nutzer von mobilen Plattformen, noch diejenige der involvierten Marktteilnehmer auf der Stufe der Mobile Payments direkt von Relevanz ist. Diese anderen Marktteilnehmer sind höchstens *indirekt* von Bedeutung, und zwar insoweit sie aus Sicht von TWINT für die Frage der Substituierbarkeit des Zugangs zur mobilen iOS-Plattform massgebend sind.

D.3.1.1.3 Sachlich relevanter Markt

143. Die Tätigkeit von Apple im Bereich Smartphones zeichnet sich durch eine weitgehende vertikale Integration aus. So bietet Apple seine iPhones ausschliesslich mit dem seinem mobilen Betriebssystem iOS und seinem App-Store an, in dem die Apps von (Dritt-)Entwicklern den Endkunden (= iPhone-Nutzern) angeboten werden. Es liegt somit eine integrierte mobile iOS-Plattform vor, welche die Apple-eigene iPhone-Hardware sowie das proprietäre mobile iOS-Betriebssystem und den dazugehörigen proprietären App-Store umfasst (nachfolgend: integrierte iOS-Plattform).

144. Vorliegend stellt sich die Frage, ob *aus Sicht von Entwicklern von Mobile Payment-Apps* alternative Smartphone-Plattformen, so insbesondere die Android-Plattform von Google, ein Substitut zum Zugang zur integrierten iOS-Plattform von Apple darstellen.

145. Vorab ist festzuhalten, dass die WEKO sich bisher noch nicht mit dem Bereich von Plattformen im Smartphone-Bereich auseinandergesetzt hat. Hingegen hat die EU-Kommission bereits im Jahr 2012 angedeutet, dass mobile Betriebssysteme von PC-Betriebssystemen zu unterscheiden seien. Bei den mobilen Betriebssystemen gelte es zwischen Betriebssystemen für Smartphones respektive Tablets und Betriebssystemen für konventionelle Mobiltelefone zu

²¹ Vgl. ALEXANDER ALBEDJ/ERIKA GYLLSTRÖM, Platform Competition in Two-Sided Markets: Expectations and the Future of Mobile Payments, 2015, 16 ff. (abrufbar unter: <http://arc.hhs.se/download.aspx?MediumId=2476> [27.8.18]); JAN ONDRUS/AVINASH GANNAMANENI/KALLE LYTTINEN, The impact of openness on the market potential of multi-sided platforms: a case study of mobile payment platforms, Journal of Information Technology (2015) 30, 260 ff. (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2636266 [27.8.18]).

unterscheiden. Eine weitere Unterscheidung zwischen Betriebssystemen für Smartphones und Betriebssystemen für Tablets erwog die EU-Kommission hingegen als wohl nicht angezeigt. Die definitive sachliche Marktabgrenzung konnte die EU-Kommission bei der damaligen Beurteilung des Zusammenschlusses zwischen Google und Motorola aufgrund der Umstände jedoch offen gelassen.²²

146. Im Rahmen des Entscheides gegen Google betreffend das Android-Betriebssystem und entsprechende Applikationen geht die EU-Kommission u.a. von folgenden sachlich relevanten Märkten aus, in welchen jeweils von einer marktbeherrschenden Stellung von Google ausgegangen wurde:²³

- *Lizenzierbare mobile Betriebssysteme für Smartphones und Tablets*
 - Dabei wird von einem Marktanteil von Google im EWR von über 90 % ausgegangen, wobei Android auf praktisch sämtlichen Smartphones und Tablets in einer tieferen Preisklasse verwendet werde.
 - Es würden eine Reihe von Markteintrittsbarrieren bestehen, welche die Stellung von Google schützten, inklusive sogenannter Netzwerkeffekte.
 - Schliesslich würden Android-Nutzer, welche einen Wechsel zu anderen Betriebssystem durchführen möchten, erheblichen Wechselkosten ausgesetzt sein.
- *App-Stores für das Android-Betriebssystem*
 - 90 % der Apps, welche auf Geräte mit installiertem Android-Betriebssystem heruntergeladen wurden, stammen aus dem Google Play Store.
 - Für Smartphone-Hersteller ist es kommerziell wichtig, den Play Store auf deren Geräten vorinstalliert zu haben. So sei der Play Store auf einer grossen Mehrheit der Geräte im EWR bereits vorinstalliert und müsse von Endnutzern nicht selbst heruntergeladen werden.
 - Android-Nutzer würden im Allgemeinen auch nicht zu App-Stores anderer Betriebssysteme wechseln, da hierfür der Kauf eines neuen Geräts nötig wäre und dabei erhebliche Wechselkosten entstehen würden.

147. Dabei ist hervorzuheben, dass die EU-Kommission lizenzierbare mobile Betriebssysteme derart definiert, dass solche von unabhängigen Herstellern von Mobilgeräten für deren Produkte verwendet werden dürfen. Dies entspricht insbesondere dem Geschäftsmodell von Google im Zusammenhang mit Android. Dies im Gegensatz zu Betriebssystemen, welche exklusiv durch vertikal integrierte Entwickler und Hersteller genutzt werden, wie dies konkret bei Apple der Fall ist.

148. Diese Schlussfolgerungen der EU-Kommission lassen mit Blick auf das vorliegende Verfahren den Umkehrschluss zu, dass Android und (vergleichsweise marginale) weitere lizenzierbare mobile Betriebssysteme einem anderen sachlich relevanten Markt zugeordnet werden könnten als das geschlossene, proprietäre iOS-Betriebssystem (als Teil der integrierten iOS-Plattform). Zudem sprechen die durch die EU-Kommission vorgebrachten weiteren Argumente wie Netzwerkeffekte und Wechselkosten dafür, dass allenfalls ein separater Markt für

²² Vgl. hierzu COMP/M.6381, 4-7 Rz 16-30, *Google/Motorola Mobility*.

²³ Vgl. hierzu das Factsheet der EU-Kommission im Zusammenhang mit dem Versand des Statement of Objections an Google, verfügbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1484_en.htm.

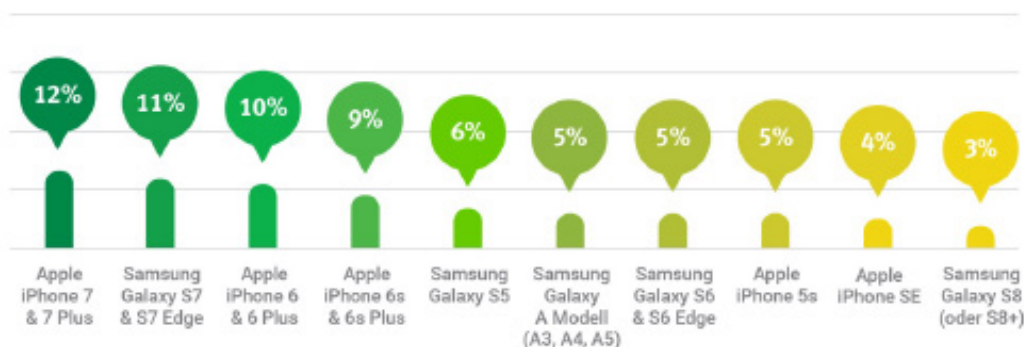
die integrierte iOS-Plattform abgegrenzt werden könnte. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, liegen darüber hinaus eine Reihe weiterer Elemente vor, welche für eine solche Marktabgrenzung sprechen könnten.

149. Zunächst nutzen Endkunden typischerweise nur eine einzige mobile Plattform zum Herunterladen von Mobile Payment Apps auf ihre mobilen Geräte (Smartphone/Tablet), es besteht also eine Situation des «Single-Homings» seitens der Endkunden. Dies führt dazu, dass man als Entwickler von Mobile-Payment Apps jeweils für die entsprechende mobile Plattform eine App entwickeln muss, um die jeweiligen Endkunden überhaupt erreichen zu können. So kann man iOS-Nutzer nicht über eine Mobile Payment App auf Android erreichen und umgekehrt können Android-Nutzer keine Mobile Payment Apps aus dem App-Store von Apple nutzen.

150. Während in Europa Android mit einem Marktanteil von rund 74 %²⁴ iOS deutlich übertrifft, ergibt sich die besondere Bedeutung von Schweizer iOS-Nutzern für Entwickler von Mobile Payment Apps aus folgenden Comparis-Studien zur Schweiz:

- Im Jahr 2017 verwendeten 55 % der Nutzer ein Smartphone mit Android-Betriebssystem, während 41 % ein iPhone mit iOS-Betriebssystem nutzten (auf Windows entfielen 3 % und 1 % auf andere Betriebssysteme). Dafür entfielen 49 % der Tablets auf das iPad (iOS-Betriebssystem) gegenüber 39 % auf Android-Geräte.²⁵
- Im Jahr 2017 war das verbreitetste Smartphone das iPhone 7 von Apple. In den Top 10 der Geräte finden sich nur solche von Apple und Samsung:²⁶

Top 10 Smartphones



151. Die Erhebungen zeigen, dass es in der Schweiz für Entwickler von Mobile Payment Apps im Wesentlichen zwei relevante mobile Plattformen gibt, welche komplementär zueinander sind und aufgrund ihrer Grösse und Bedeutung nicht vernachlässigt werden können. Dies geht auch aus folgender Grafik hervor, die eine Befragung der Entwickler wiedergibt, die im Rahmen der Marktstudie «App-Economy Schweiz» der Universität St. Gallen durchgeführt wurde²⁷:

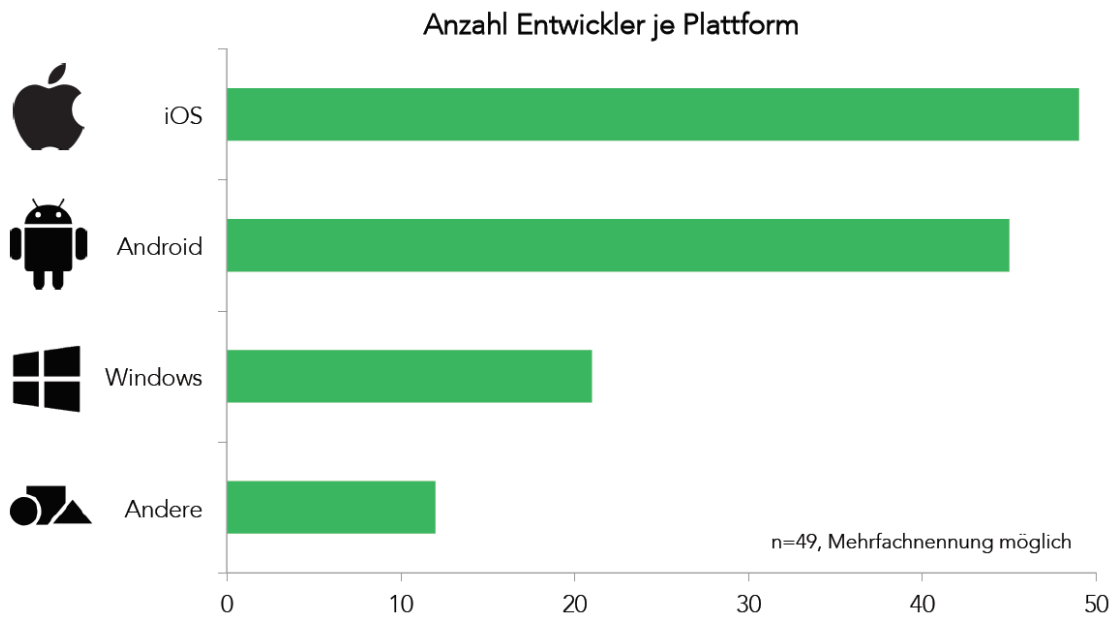
²⁴ Mobile Operating System Market Share Europe September 2018, abgerufen auf <http://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/europe> (11.10.18).

²⁵ Comparis Studie zur Smartphone Verbreitung in der Schweiz (Erhebung März, Verbreitung August 2017).

²⁶ Comparis Studie zu Smartphone Modellen in der Schweiz (Erhebung Oktober, Verbreitung November 2017).

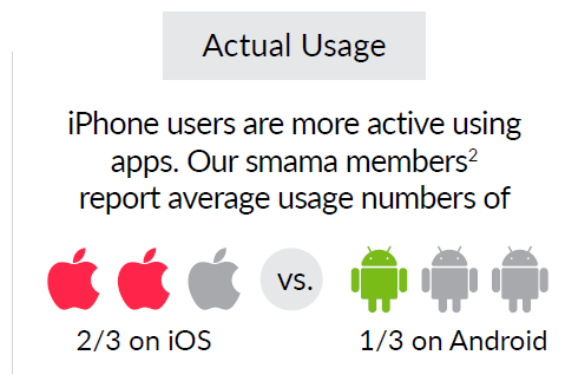
²⁷ Vgl. «App-Economy Schweiz» (Fn 18), 16.

Die Mehrheit der Entwickler entwickelt für iOS und Android. Aber auch Windows und andere Plattformen spielen eine beachtliche Rolle



152. Zu beachten ist zusätzlich, dass iPhone-Besitzer in der Schweiz ihre Applikationen weit aktiver nutzen als Besitzer von Smartphones mit Android-Betriebssystem, wie sich etwa aus folgender Illustration für das Jahr 2016 des Verbandes smama (the swiss mobile association) erschliesst:²⁸

Switzerland is still an iPhone country.



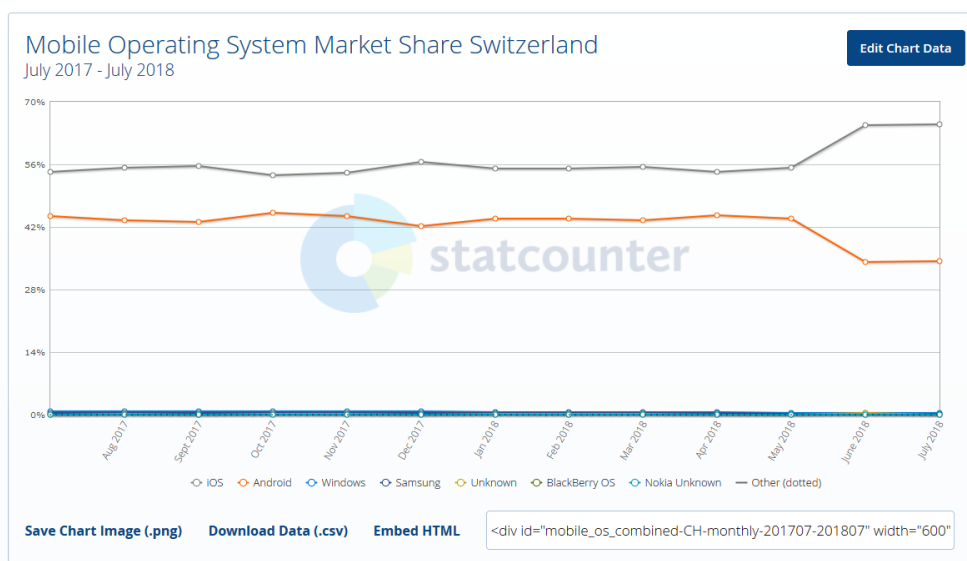
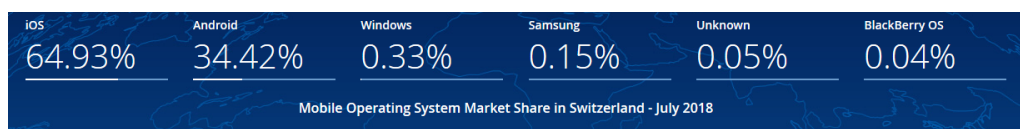
²⁸ www.smama.ch/wp-content/uploads/2016/12/smama-Mobile-Apps-in-Switzerland-2016.pdf (12.3.19).

153. Diese Einschätzung gilt auch heute noch, wie smama für das Jahr 2018 ausführte:²⁹

MOBILE-PLATTFORMEN

Die Schweiz ist ein Apple Land, auch im Jahre 2018. Im Unterschied zum Ausland spielt die iOS-Mobile Plattform weiterhin eine sehr wichtige Rolle. Gemäss verschiedenen Umfragen und Studien von smama kommt die iOS Plattform auf zwischen 45 und 55 Prozent Marktanteil bei den Anzahl Devices. Wenn man die App Nutzung analysiert, dann kommt die iOS-Plattform je nach App Kategorie sogar auf zwischen 60 und 70 Prozent Marktanteil. Daneben ist die zweitstärkste Mobile-Plattform Android weiterhin am Wachsen, wird aber auch immer fragmentierter was eine zunehmende Herausforderung für die Unternehmen und Entwickler darstellt. Die Marktanteile der Mobile-Plattformen werden sich im 2018 nicht stark verändern. Das Duopol bestehend aus iOS und Android wird bestehen bleiben.

154. Gemäss der Seite «gs.statcounter», einer Analyse-Website, welche mehr als 3 Mio. Webseiten weltweit im Hinblick auf Besucherzahlen analysiert³⁰, ergibt sich für die Schweiz bezüglich der verwendeten mobilen Betriebssysteme folgendes Bild für die letzten 13 Monate (Juli 2017 bis Juli 2018):³¹



155. Die obigen Studien und Erhebungen sowie die Einschätzungen des Verbandes smama zeigen auf, dass in der Schweiz die grundsätzliche Bedeutung der integrierten iOS-Plattform für App-Entwickler dadurch weiter gesteigert wird, dass die Schweizer iOS-Nutzer ihre Apps weit häufiger nutzen als Schweizer Android-Nutzer und damit für die Entwickler auch attraktiver sein dürften.

156. Diese Einschätzung akzentuiert sich in der Schweiz noch zusätzlich für Entwickler von Apps im Finanzbereich. Im Jahr 2016 entfielen 75 % der Installationen der damaligen UBS

²⁹ www.smama.ch/2018/02/10/mobile-development-aktuelle-entwicklungen-und-trends/ (12.3.19).

³⁰ Vgl. <https://en.wikipedia.org/wiki/StatCounter> (12.3.19).

³¹ <http://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/switzerland> (29.8.18). Wobei sich die «letzten 13 Monate» auf den Stand zum Zeitpunkt des Antrags für vorsorgliche Massnahmen bezieht.

Bezahl-App Paymit auf iOS. Ähnliche Werte an iOS-Nutzern zeigten auch die Finanz-Apps der ZKB (77 %), PostFinance (71 %) und Migros Bank (60–70%).³² Eine ähnliche Grössenordnung erreichen auch die Werte, welche TWINT in seiner Anzeige vorgebracht hat, wonach rund [60-70 %] der TWINT-Transaktionen durch iOS-Nutzer erfolgen.

157. Zusätzlich ist bei Mobile Payment-Apps wie TWINT, welche neben P2M³³-Zahlungen auch die Möglichkeit für P2P³⁴-Zahlungen umfassen, die Komplementarität verschiedener mobiler Plattformen noch stärker ausgeprägt: Bei P2P-Zahlungen bestehen zwischen Endkunden ausgeprägte Netzwerkeffekte, was die Notwendigkeit, Nutzer sämtlicher relevanter mobilen Plattformen zu erreichen, gegenüber reinen P2M-Lösungen nochmals verstärkt.

158. Es bestehen daher Anhaltspunkte dafür, dass aus Sicht der *Entwickler von Mobile Payment-Applikationen*, wie die TWINT-App eine darstellt, der Zugang zur integrierten iOS-Plattform möglicherweise nicht durch den Zugang zur Android-Plattform (und den weiteren lizenzierbaren mobilen Plattformen) substituiert werden kann. Dies deshalb, weil iOS-Nutzer nur über die integrierte iOS-Plattform erreicht werden können und diese Plattform für Entwickler von Mobile Payment-Apps – wie gezeigt – überdies von entscheidender Bedeutung ist, da in der Schweiz rund [60-70%] der Nutzungen von Mobile Payment-Apps auf iOS-Nutzer entfallen.

159. Es liegen folglich Anhaltspunkte dafür vor, dass ein eigener Markt für den Zugang zur integrierten iOS-Plattform für Entwickler von Mobile Payment-Apps abgegrenzt werden könnte.³⁵ Apple bestreitet eine solche Marktabgrenzung, abschliessende Schlussfolgerungen dazu erübrigen sich allerdings ohnehin, weil in casu die definitive Marktabgrenzung auch aus folgendem Grund offen bleiben kann: Selbst wenn die Android-Plattform und weitere Plattformen mit lizenzierbaren mobilen Betriebssystemen dem gleichen sachlich relevanten Markt zugewiesen würden, wäre der Marktanteil der integrierten iOS-Plattform an diesem umfassenden Markt dann mit [60-70%] der Nutzungen von Mobile Payment Apps immer noch derart hoch, dass insoweit von Anhaltspunkten für eine Marktbeherrschung von Apple auszugehen wäre (vgl. hierzu hinten Rz 165 ff.).

D.3.1.1.4 Räumlich relevanter Markt

160. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, analog).

161. Die WEKO hat verschiedentlich die Homogenität der Marktbedingungen als Kriterium der geographischen Marktabgrenzung angewandt. Insbesondere wurden auch regionale Unterschiede bezüglich Marktanteile als Indiz für entsprechende separate räumlich relevante Märkte betrachtet.³⁶

³² www.handelszeitung.ch/unternehmen/apple-beherrscht-finanz-apps-der-schweiz-1034356 (12.3.19).

³³ P2M = Peer to Merchant, d.h. Zahlungen von einem Nutzer an einen Händler.

³⁴ P2P = Peer to Peer, d.h. Zahlungen zwischen Nutzern.

³⁵ Vgl. SEBASTIAN WISMER/ARNO RASEK, Market Definition in Multi-Sided Plattformen, 59 in: OECD, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, 2018 (<http://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm> [7.10.18]): «[...] *one or more platforms can become bottlenecks that provide exclusive access to single-homing customers. This means one platform or even several similar platforms may possess market power [...] Where market power is high it might be reasonable to define a market that comprises only one platform*».

³⁶ Vgl. RPW 2016/1, 101 Rz 256, Online-Buchungsplattformen für Hotels, m.w.H.

162. Vorliegend ist davon auszugehen, dass generell die Verbreitung der iOS-Plattform in der Schweiz deutlich grösser ist als im EWR (siehe Rz 150).

163. Zusätzlich sprechen auch eine Reihe von weiteren Argumenten für die Betrachtung eines nationalen Marktes: So betreibt Apple für die Schweiz einen separaten nationalen App-Store. Gerade bei der vorliegenden Betrachtung aus Sicht von Entwicklern von Mobile Payment-Apps ist darauf hinzuweisen, dass sowohl die TWINT-App als auch Apple Pay auf einer nationalen Ebene eingeführt wurden. Zudem wird bei den auf diesen Apps hinterlegten Zahlungsmitteln (Kreditkarten, Konten etc.) im Normalfall von nationalen Märkten ausgegangen. Schliesslich spricht auch die Praxis der WEKO im Bereich von Online-Plattformen für das Vorhandensein eines nationalen Marktes.

164. Zusammenfassend liegen vorliegend Anhaltspunkte dafür vor, dass sowohl der Markt für den Zugang zur integrierten iOS-Plattform für Entwickler von Mobile Payment-Apps als auch der umfassende Markt für den Zugang zu mobilen Plattformen für Entwickler von Mobile Payment-Apps nationale Märkte sind. Auf eine definitive räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend letztlich verzichtet werden, da selbst bei einer internationalen Marktabgrenzung nur die Auswirkungen in der Schweiz für die Beurteilung nach Schweizer Kartellrecht massgebend wären.

D.3.1.2 Aktueller Wettbewerb

165. Würde von einem separaten Markt für den Zugang zur integrierten iOS-Plattform für Entwickler von Mobile Payment-Apps ausgegangen, dann würde Apple den gesamten Markt kontrollieren, was für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung seitens Apple gegenüber Entwicklern von Mobile Payment-Apps sprechen würde. So werden hardwareseitig 100 % der iPhones von Apple hergestellt und zusammen mit dem proprietären Betriebssystem iOS und dazugehörigem App-Store ausgeliefert. Aus Sicht eines App Entwicklers für die integrierte iOS-Plattform dürfte derzeit kaum eine valable Alternative bestehen, um über einen anderen als den Apple-proprietäre App-Store an iPhone-Nutzer zu gelangen. Es gibt zwar alternative App-Stores, die mit oder ohne «Jailbreak»³⁷ auf iPhones oder anderen mobilen Geräten von Apple installiert werden können, die Hürde, dies zu tun, und dann auch Apps aus dem Angebot dieser App-Store-Alternativen herunterzuladen, ist aber für Endverbraucher hoch, weil Apple dies in keiner Weise unterstützt (Veränderungen des iOS-Betriebssystems können zum Verlust von Garantie- und Serviceleistungen führen³⁸) und gegenüber dem Nutzer auch nicht garantiert, dass entsprechende Apps überprüft und sicher sind (z.B. in Bezug auf Viren, den Abgriff von Daten, die Systemstabilität etc.). Gerade für Anbieter von Apps im Finanzbereich dürften solche alternativen App-Stores daher keine Alternative zum App-Store von Apple darstellen.

166. Die Definition des sachlich relevanten Marktes und die Frage, ob iOS tatsächlich einen eigenen Markt darstellt, ist letztlich nicht von entscheidender Bedeutung. Auch bei einer Abgrenzung eines umfassenden Markts, welcher neben dem Zugang zur integrierten iOS-Plattform auch den Zugang zur Android-Plattform und zu weiteren Plattformen mit lizenzierbaren

³⁷ Unter einem Jailbreak, zu Deutsch «Gefängnisausbruch», wird die Deaktivierung von Nutzungsbeschränkungen bzw. die Veränderung des Betriebssystems besonders für Smartphones mit Bezug auf Apple verstanden, um vom Hersteller nicht erwünschte Anwendungen zu installieren und zusätzliche Funktionen *freizuschalten* (Bei Android-Smartphones spricht man diesbezüglich von «Rooten»). Das iOS von Apple ist ein geschlossenes System. Es können nur Apps installiert werden, die von Apple zugelassen sind. Dadurch können iOS-Nutzer das System nur bedingt personalisieren, es wird dadurch aber auch sicherer (vgl. www.duden.de/rechtschreibung/Jailbreak und https://praxistipps.chip.de/jailbreak-was-ist-das_12321 [10.10.2018]).

³⁸ Vgl. www.apple.com/legal/sales-support/terms/repair/generalservice/servicetermsde/ (10.10.2018).

mobilen Betriebssystemen für Entwickler von Mobile Payment Apps umfasst, bestehen Anhaltspunkte dafür, dass sich Apple gegenüber Entwicklern von Mobile Payment-Apps in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann, da rund [60–70%] der Nutzungen von Mobile Payment Apps auf Nutzer entfallen, welche iOS-Geräte verwenden.

167. Zusammenfassend liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass der aktuelle Wettbewerb Apple nicht in hinreichendem Ausmass zu disziplinieren vermag, sei dies bei einer engen Marktabgrenzung nur auf den Markt für den Zugang zur integrierten iOS-Plattform für Entwickler von Mobile Payment Apps oder sei dies in einem umfassenden Markt, welcher auch die Android-Plattform und weitere Plattformen mit lizenzierbaren mobilen Betriebssystemen umfasst.

D.3.1.3 Potenzieller Wettbewerb

168. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d.h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und diese genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder solche von nur geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.³⁹

169. Es ist unwahrscheinlich, dass ein alternativer Anbieter in den vorläufig abgegrenzten, engen sachlich relevanten Markt eintreten wird, da Apple höchst wahrscheinlich weiterhin als integrierter Anbieter auftreten wird. Ebenso wenig ist auf einem – im vorstehenden Sinne – umfassenden Markt Wettbewerbsdruck von neuen mobilen Betriebssystemen zu erwarten. Bezeichnenderweise ist es selbst Microsoft nicht gelungen, mit Windows Phone ein weiteres mobiles Betriebssystem zu etablieren.

D.3.1.4 Stellung der Marktgegenseite

170. Wettbewerbsdruck kann nicht nur von vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern ausgehen, sondern auch von den Abnehmern. Selbst Unternehmen mit hohen Marktanteilen können sich nicht weitgehend unabhängig von Abnehmern verhalten, die über ausreichend Verhandlungsmacht verfügen.

171. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass TWINT oder auch andere Anbieter von Mobile Payment-Apps über eine nennenswerte Verhandlungsmacht gegenüber Apple verfügen würden.

D.3.1.5 Schlussfolgerungen

172. Zusammenfassend liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass sich Apple gegenüber Entwicklern von Mobile Payment-Apps in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann und über eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG verfügt, und zwar unabhängig davon, ob der sachlich relevante Markt eng auf den Markt für den Zugang zur integrierten iOS-Plattform für Entwickler von Mobile Payment-Apps abgegrenzt wird oder ob eine weitere Marktdefinition erfolgt, welche auch sämtliche anderen mobilen Plattformen, insbesondere die Android-Plattform, umfasst. Für das laufende Verfahren mussten jedoch weder hinsichtlich der

³⁹ Vgl. Verfügung der WEKO vom 21.10.2013, 38 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*, <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (2.2.2015); RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2010/1, 119 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*; RPW 2008/1, 228 Rz 57, *TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang*; RPW 2007/2, 262 Rz 145, *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2007/2, 214 Rz 169, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

Marktabgrenzung noch hinsichtlich der Frage, ob Apple eine beherrschende Stellung einnimmt definitive Schlussfolgerungen gezogen werden.

D.3.2 Voraussichtliche Beurteilung der Verhaltensweise

D.3.2.1 Unzulässige Verhaltensweisen («Missbrauch»)

D.3.2.1.1 Formen des Missbrauchs

173. Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, besteht doch der Sinn des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen. Das marktbeherrschende Unternehmen trägt jedoch eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten. Zum Tatbestandselement der Marktbeherrschung in Art. 7 Abs. 1 KG muss als zusätzliches Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutreten, welche ihrerseits einen Missbrauch voraussetzt. Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen konkurrierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens).⁴⁰

174. Gestützt darauf unterscheidet Art. 7 Abs. 1 KG zwei Behinderungsformen: Durch den Missbrauch werden einerseits andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potentielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt allerdings auch andere Marktteilnehmer) *in der Aufnahme* (d.h. durch Errichtung von Marktzutrittsschranken) oder *Ausübung des Wettbewerbs behindert* (Behinderungsmissbrauch). Ein Missbrauch kann andererseits dann vorliegen, wenn die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens) benachteiligt wird, indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden (Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch).⁴¹

175. Im vorliegenden Fall bringt TWINT vor, sie werde durch Apple in der Ausübung des Wettbewerbs behindert, weshalb sich die nachfolgende Prüfung auf den Behinderungsmissbrauch konzentrieren kann.

D.3.2.1.2 Behinderungsmissbrauch

176. Bei der Behinderung sowohl in der Aufnahme als auch der Ausübung des Wettbewerbs spielt es keine Rolle, ob sich diese auf dem Markt des Marktbeherrschers oder auf einem benachbarten, vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert.⁴² Durch verdrängendes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens werden aktuelle Konkurrenten geschwächt oder vom Markt verdrängt oder der Markteintritt potenzieller Konkurrenten wird be- oder gar verhindert. Es kommt zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung (*Anticompetitive Foreclosure*). Der Behinderungsmissbrauch führt dazu, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Konkurrenten durch andere Mittel als die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Produkte oder Dienstleis-

⁴⁰ BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.; RPW 2016/4, 996 f. Rz 606, *Sport im Pay TV*.

⁴¹ BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.; RPW 2016/4, 996 f. Rz 607, *Sport im Pay TV*.

⁴² BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.; RPW 2016/4, 996 f. Rz 607, *Sport im Pay TV*.

tungen ausschliessen (*Competition on the Merits*). Es kommt daher nicht nur zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerber, sondern zu einer Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs an sich.⁴³

177. Ist ein marktbeherrschendes Unternehmen auch auf einem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt tätig, kann es versucht sein, seine Marktmacht auf diese Märkte zu übertragen (*Leverage*), indem es Konkurrenten auf diesen Marktstufen behindert. Tut es dies, wird von vertikaler Marktverschliessung (*Vertical Foreclosure*) gesprochen. Dieses Ziel kann auf unterschiedliche Weise erreicht werden, etwa durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen mit Konkurrenten auf diesen Marktstufen, durch Bevorzugung der eigenen vertikal integrierten Unternehmen auf diesen Marktstufen, durch Koppelungsverträge oder durch technische Behinderungen.⁴⁴

178. Ein aktuelles Beispiel für eine Marktverschliessung durch ein vertikal integriertes Unternehmen bildet der Google-Fall der Europäischen Kommission. Google wurde gebüsst wegen Missbrauchs seiner marktbeherrschenden Stellung als Suchmaschine durch unzulässige Vorzugsbehandlung des eigenen Preisvergleichsdienstes. Dabei war ausschlaggebend, dass Google den anderen Unternehmen die Möglichkeit genommen hatte, im Wettbewerb durch Leistung zu überzeugen (*Competition on the Merits*). Zudem habe Google verhindert, dass die Verbraucher wirklich zwischen verschiedenen Diensten wählen und die Vorteile der Innovation nutzen konnten.⁴⁵ Der Google-Fall ist auch ein Beleg dafür, dass die europäische Entwicklung dahin geht, dass bei einer Selbstbevorzugung eines vertikal integrierten Marktbeherrschers nicht mehr die hohen Hürden der «Essential-Facilities»-Doktrin angewendet werden und geprüft wird, ob der verweigerte Input unerlässlich ist, sondern nur noch, ob die Verweigerung die Innovation hemmt.⁴⁶

179. Auch im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob Apple seine allfällige marktbeherrschende Stellung gegenüber Entwicklern von Mobile Payment-Apps dazu benutzt, um seine eigene Mobile-Payment-Lösung Apple Pay gegenüber den Konkurrenten auf diesem Markt zu bevorzugen. Solche Praktiken von marktbeherrschenden Unternehmen können mehrere Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG betreffen.⁴⁷ Im konkreten Fall bringt TWINT vor, die folgenden Tatbestände seien erfüllt:

- (1) Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG);
- (2) Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG);
- (3) Die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG).

⁴³ Vgl. RPW 2011/1, 142 Rz 300, *SIX/DCC*.

⁴⁴ Vgl. ausführlich RPW 2011/1, 143 f. Rz 301 ff., *SIX/DCC* mit Hinweisen und Beispielen.

⁴⁵ Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 27. Juni 2018, IP/17/1784 (abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_de.htm); vgl. auch GABRIELE ACCARDO/GIULIA CAMAZZA/ZACHARIAH DAVIES, Internet and Antitrust: An overview of EU and national case law, in: *Concurrences* No 87105, 2 ff.

⁴⁶ Vgl. AGUILERA VALDIVIA, The Scope of the “Special Responsibility” upon Vertically Integrated Dominant Firms after the Google Shopping Case: Is There a Duty to Treat Rivals Equally and Refrain from Favouring Own Related Business?, in: *World Competition* 41, 1 (2018) 43 ff., 59 ff. (62).

⁴⁷ BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.; RPW 2016/4, 997 Rz 608, *Sport im Pay TV*.

180. Neben diesen von TWINT geltend gemachten Tatbeständen könnte zusätzlich auch Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) betroffen sein. Allerdings dürfte aufgrund des Fallthemas Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG (Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung) im Vordergrund stehen. Deshalb beginnt die nachfolgende Missbrauchsprüfung mit dieser Tatbestandsvariante und aufgrund der einvernehmlichen Lösung ist auch keine weitere Beurteilung der anderen Tatbestandsvarianten erforderlich.

D.3.2.1.3 Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG)

181. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfasst grundsätzlich alle möglichen Formen von Behinderungs- und Verdrängungspraktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten und ist dann erfüllt, wenn kumulativ folgende Tatbestandsmerkmale gegeben sind:⁴⁸

- (i) Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt;
- (ii) durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;
- (iii) die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine «legitimate business reasons»).

D.3.2.1.3.1 Einschränkung des Absatzes und der technischen Entwicklung

a) Allgemeines

182. Unter «Einschränkung des Absatzes» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen insbesondere Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, welche darauf abzielen, das Marketingspektrum der Konkurrenz zu verringern und dadurch deren Marktzugang künstlich zu beschränken, ohne dass dies eine Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs wäre.⁴⁹ Der Begriff der Einschränkung erfasst dabei nur Verhaltensweisen, die Produkte oder Dienstleistungen von Konkurrenten des Marktbeherrschers entweder weniger attraktiv oder weniger absetzbar machen.⁵⁰ Erfasst wird dabei sowohl die Beschränkung des eigenen Absatzes als auch die Einwirkung auf den Absatz von Konkurrenten.⁵¹

⁴⁸ Vgl. Vgl. WEKO, Verfügung vom 30. Oktober 2017, Rz 1019, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen* (abrufbar unter www.weko.admin.ch > Aktuell > Letzte Entscheide); RPW 2018/3, 580, Rz 558, *Supermédia*.

⁴⁹ Vgl. WEKO, Verfügung vom 30. Oktober 2017, Rz 1023, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen* (abrufbar unter www.weko.admin.ch > Aktuell > Letzte Entscheide); RPW 2018/3, 580, Rz 558 ff., *Supermédia*.

⁵⁰ Vgl. WEKO, Verfügung vom 30. Oktober 2017, Rz 1022, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen* (abrufbar unter www.weko.admin.ch > Aktuell > Letzte Entscheide); BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 KG, Rz 399 und 436.

⁵¹ Vgl. WEKO, Verfügung vom 30. Oktober 2017, Rz 1023, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen* (abrufbar unter www.weko.admin.ch > Aktuell > Letzte Entscheide); RPW 2018/3, 580, Rz 561, *Supermédia*.

183. Unter «Einschränkung der technischen Entwicklung» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen, die den Zugang zu oder die Diffusion von technologischen Ressourcen verknappen oder aufheben.⁵²

b) Vorbringen der Parteien

184. TWINT macht geltend, als marktbeherrschendes Unternehmen verhindere Apple durch das technisch erzwungene, automatische Starten von Apple Pay während der Durchführung eines Bezahlvorganges mit der TWINT-App auf künstliche Weise den Markteintritt von Apple Pay konkurrierenden mobilen Bezahlapplikationen. Die hierdurch bewirkte künstliche Verknappung auf den Märkten für mobiles Bezahlen sei als Einschränkung des potenziellen Marktangebots zu qualifizieren. Dies sei gemäss TWINT umso stossender, als dass Apple eine von Dritten bereitgestellte Infrastruktur (Netz von NFC-fähigen Terminals) dafür nutze, Apple Pay darauf zu monopolisieren, indem sie Dritten die Nutzung der in den iOS-Geräten integrierten NFC-Technologie unterbinde.

185. Die Einschränkung betreffe gemäss TWINT einerseits ihren Absatz, da sie durch die Verhaltensweise daran gehindert werde, auf der mobilen Plattform von Apple ein neues Produkt einzuführen und darauf potenzielle Kunden zu gewinnen. Andererseits betreffe die Einschränkung auch ihre technische Entwicklung, da sie daran gehindert werde, ein Konkurrenzprodukt basierend auf eigenem technischem Knowhow einzuführen bzw. zu vertreiben. Das Verhalten von Apple führe sodann zu einer Benachteiligung von Drittanbietern von Bezahlapplikationen und behindere damit direkt den Wettbewerb. Zudem enthalte Apple durch ihre Verhaltensweise potenziellen Kunden Alternativprodukte wie die TWINT-App vor.

186. Selbst Apple stellt nicht in Abrede, dass Apple Pay auf Apple-Geräten automatisch startet, sobald es in ein NFC-Feld gehalten wird⁵³: Dies sei seit der Lancierung von Apple Pay im Jahr 2014 so und könne durch ihr Streben nach einem optimalen Kundenerlebnis gerechtfertigt werden. Davon unbesehen würde TWINT gemeinsam mit ihren Eigentümern die gesamte Bezahlterminalinfrastruktur kontrollieren und sei damit in der Lage, die notwendigen Anpassungen vorzunehmen, um die angebliche Interferenz zu vermeiden. Darüber hinaus beschränke die ausschliessliche Nutzung der NFC-Funktionalität für die eigene mobile Zahlungsdienstleistung durch Apple auf iOS-Geräten in keiner Art und Weise die erfolgreiche Entwicklung neuer digitaler bzw. mobiler Zahlungssystemen. Dies vor allem aufgrund der Tatsache, dass TWINT nicht von der NFC-Technologie abhängig sei, da sie bereits heute mit Bluetooth und QR-Codes alternative Technologien benütze.

c) Einschränkungen im vorliegenden Fall

1. Einschränkungen des Absatzes

187. Das Sekretariat konnte sich im Rahmen des Augenscheines und seiner Ermittlungen davon überzeugen, dass Apple Pay (sofern aktiviert) (1) automatisch startet, wenn das iPhone in das NFC-Feld eines Bezahlterminals gehalten wird, und (2) sogleich andere auf dem Apple-Gerät bereits geöffnete Bezahlapplikationen unterdrückt, ganz konkret auch die geöffnete TWINT-App. Dies wird von Apple auch nicht bestritten, Apple Pay sei vielmehr auf diese Art und Weise entwickelt worden, um ein optimales Kundenerlebnis zu ermöglichen.

188. Die Unterdrückung der TWINT-App auf iOS-Geräten, wenn Apple Pay aktiviert ist und das Gerät in das NFC-Feld eines Bezahlterminals gehalten wird, beziehungsweise die Verweigerung der Herausgabe des Programmierbefehls für die Ausschaltung dieser technischen

⁵² RPW 2011/1, 181, Rz 501, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁵³ Vgl. Rz 209.

Bevorzugung von Apple Pay kann zu einer künstlichen Verknappung des Angebots von Bezahlapplikationen führen. Die Kunden können unter Umständen nicht die für sie optimale Bezahlapplikation nutzen oder wollen diese aufgrund negativer Nutzererfahrung nicht mehr nutzen. Denn es ist anzunehmen, dass sie nach entsprechenden Erfahrungen auf iOS-Geräten Apple Pay den Vorzug geben, da die automatische Unterdrückung von anderen, bereits bewusst aktivierten Bezahlapplikationen das Nutzervertrauen in die Sicherheit und zuverlässige Funktionsweise dieser Bezahlapplikationen, so auch konkret der TWINT-App, untergräbt.

189. Für das Sekretariat bestehen daher Anhaltspunkte dafür, dass dieses automatische Starten von Apple Pay als die den Apple-Geräten inhärente Bezahlapplikation – selbst wenn sich der Nutzer bei einem Zahlungsvorgang für eine andere Bezahlapplikation entschieden hat – direkte Auswirkungen auf den Absatz ihrer Konkurrentin TWINT haben kann. Denn das von Apple wiederholt vorgebrachte Argument, dem positiven Nutzererlebnis komme für den Erfolg von Apple Pay eine hohe Bedeutung zu, gilt genauso auch für andere Bezahlapplikationen. Negative Erfahrungen bei der Benutzung der TWINT-App, welche durch die automatischen, durch Apple-Pay verursachten Zahlungsabbrüche bei den Nutzern entstehen, dürften sich im Absatz und der Verwendungshäufigkeit der TWINT-App niederschlagen. Im Extremfall könnte diese technisch vermeidbare Interferenz zu einer Verdrängung der TWINT-App führen, so dass die Auswahl an Bezahlapplikationen verknappert werden könnte.

2. Einschränkungen der technischen Entwicklung

190. Zudem ist der von TWINT vorgebrachte Vorwurf nicht von der Hand zu weisen, dass sie aufgrund des Verhaltens von Apple daran gehindert werde, ein auf eigenem technischem Knowhow basierendes Konkurrenzprodukt von Apple Pay einzuführen bzw. zu vertreiben, und damit in ihrer technischen Entwicklung eingeschränkt werde.

191. Es liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass Apple durch die Verweigerung der Herausgabe des Codes für die Unterdrückung von Apple Pay verhindert hat, dass ihre Konkurrentinnen, so auch TWINT, ihre Bezahlapplikation weiterentwickeln und verbessern und dadurch eine höhere Nutzerzufriedenheit erreichen konnten. Da Apple nun den Unterdrückungsbefehl für die TWINT-App freigegeben hat, dürften nun die Voraussetzungen dafür gegeben sein, dass TWINT allfällige Vorteile der Funktionalitäten ihrer Bezahlapplikation auch gegenüber Apple Pay frei zur Geltung bringen und so eine echte «Competition on the Merits» entstehen kann, bei welcher ein Vergleich der Applikationen mit gleich langen Spiessen erfolgt.

3. Ergebnis

192. Aus dem Gesagten folgt, dass Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass sowohl die Einschränkung des Absatzes als auch die Einschränkung der technischen Entwicklung vorliegen könnten.

D.3.2.1.3.2 Wettbewerbsbehinderung

a) Allgemeines

193. Im Fokus von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stehen Behinderungs- resp. Verdrängungspraktiken des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten. Erfasst werden Verhaltensweisen, die den Marktzugang von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten beschränken, ohne dass dies Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs ist.⁵⁴

⁵⁴ RPW 2014/4, 688, Rz 129 und 134, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

194. Im vorliegenden Zusammenhang geht es um die Frage, ob die Unterdrückung der TWINT-App durch Apple Pay eine Wettbewerbsbehinderung zur Folge hatte.

195. Es kann Apple zwar grundsätzlich zugestimmt werden, dass eine möglichst einfache, automatisierte und sichere Ausgestaltung von Apple Pay ein optimales Kundenerlebnis gewährleistet. Es ist aber prima vista nicht einsichtig, weshalb (auch) die technische Unterdrückung laufender Bezahlvorgänge konkurrierender Bezahlapplikationen vorrangig diesem optimalen Kundenerlebnis bei Apple Pay dienen bzw. sogar hierfür nötig sein sollte. Es könnte erwogen werden, dass die diskutierte technische Unterdrückung sich in erster Linie gegen konkurrierende Bezahlapplikationen richten soll, um diese in ihrer Funktionalität einzuschränken.

b) Vorbringen der Parteien

196. TWINT bringt vor, das Verhalten von Apple führe zu einer Benachteiligung von Drittanbietern von Bezahlapplikationen im Vergleich zu Apple Pay und behindere damit den Wettbewerb direkt. Zudem würden dadurch Konsumenten, welche Apple-Produkte benutzten und potenzielle Kunden von Bezahlapplikationen seien, in direkter Weise Alternativprodukte vorenthalten werden. Das technisch erzwungene, automatische Starten von Apple Pay – selbst nach Einleitung eines Bezahlvorganges mit TWINT – sowie die Verweigerung der Herausgabe des Unterdrückungscodes stellten eine Einschränkung des Absatzes von TWINT dar. Apple habe keine Elemente vorgebracht, welche dies entkräften würden. Schliesslich greife Apple mit ihrem Verhalten sowohl in die wirtschaftliche Tätigkeit als auch in das Umsatzerzielungspotenzial von TWINT ein.

197. Apple bringt indes vor, die Unterdrückung von TWINT sei nicht auf hierauf ausgerichtete Massnahmen zurückzuführen, sondern vielmehr auf die Art und Weise, wie Apple Pay entwickelt wurde. Apple Pay funktioniere seit dessen Lancierung auf dieselbe Weise, was TWINT bei der Ausgestaltung ihrer App hätte berücksichtigen können. Auch könnten TWINT und ihre Eigentümer, die die gesamte Bezahlterminalinfrastruktur kontrollierten, die Problematik mit den notwendigen Anpassungen beheben.

c) Wettbewerbsbehinderung im vorliegenden Fall

198. Sowohl TWINT als auch Apple bringen vor, dass sie bei ihren mobilen Bezahlapplikationen ein optimales Kundenerlebnis anstreben würden. Vor diesem Hintergrund könnte die beschriebene Interferenz eine Beschränkung des Marktzuganges von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten zur Folge haben, die nicht mehr als Folge der normalen Marktentwicklung angesehen werden könnten. Indem sie zu einer offensichtlichen Einschränkung der Funktionsweise von Dritt-Bezahlapplikationen auf iOS-Geräten führt, könnte sie das Vertrauen in die Nutzerfreundlichkeit und Sicherheit dieser Apps untergraben und damit den konkurrierenden Entwicklern von Mobile Payment-Apps die Möglichkeit nehmen, im Wettbewerb durch Leistung zu überzeugen.

199. Es liegen damit Anhaltspunkte dafür vor, dass die Verhaltensweise von Apple TWINT als aktuelle Konkurrentin aufgrund der Interferenz auf iOS-Geräten durch Apple im Wettbewerb behindert haben könnte. Eine abschliessende Beurteilung ist allerdings im Rahmen der Vorabklärung und vor dem Hintergrund der einvernehmlichen Lösung nicht erforderlich. Entsprechend gibt es keine definitive Schlussfolgerung bezüglich der Wettbewerbsbehinderung.

D.3.2.1.3.3 Sachliche Rechtfertigungsgründe

a) Allgemeines

200. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist nur dann missbräuchlich, wenn es sich nicht durch sachliche Gründe («legitimate business reasons») rechtfertigen lässt. Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das Unternehmen auf kaufmännische

Grundsätze (z. B. das Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere Gründe können z.B. eine veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten oder technische Gründe sein. Ferner kommt eine sachliche Rechtfertigung nur dann in Frage, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine alternative Verhaltensweise zur Verfügung stand, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätte («Gebot der Unerlässlichkeit»)⁵⁵.

b) Vorbringen der Parteien

201. In ihrer Stellungnahme macht Apple geltend, die technische Bevorzugung von Apple Pay liesse sich durch sachliche Gründe rechtfertigen, die dem Schutz der Integrität und Sicherheit des übergeordneten Kundenerlebnisses bei der Nutzung von Apple-Produkten dienen. In ihrer Duplik ergänzt Apple, falls TWINT die Unterdrückung von Apple Pay erlaubt würde, dies TWINT die Möglichkeit eröffnen würde, Apple Pay im Schweizer Markt zu eliminieren.

c) Sachliche Rechtfertigungsgründe im vorliegenden Fall

202. Das Sekretariat stimmt Apple insofern zu, als dass nicht von ihr verlangt werden kann, dass sie Apple Pay schlechter stellt als die Konkurrenzapplikation von TWINT. Von einer Schlechterstellung müsste jedoch nur dann ausgegangen werden, wenn Apple durch die Ermöglichung der Unterdrückung die geltend gemachten Beeinträchtigungen tatsächlich befürchten müsste (siehe oben Rz 201). Basierend auf den Angaben von TWINT würde Apple Pay jedoch nur ab dem Drücken des QR-Code-Buttons bis zur Bestätigung der Zahlung oder einem Abbruch der Zahlung mit der TWINT-App unterdrückt. Durch diese klare zeitliche Begrenzung könnte sowohl dem für beide Anbieter wichtigen optimalen Kundenerlebnis genügend Rechnung getragen werden als auch gleichzeitig verhindert werden, dass das von Apple geltend gemachte Szenario der zufällig geöffneten TWINT-App und der daraus folgenden Unterdrückung von Apple Pay eintreten könnte.

203. Schliesslich gilt anzumerken, dass Apple die Unterdrückung von Apple Pay bereits einer Konkurrentin ermöglicht, und zwar PayPal. Wie Recherchen von TWINT und die darauffolgende direkte Kontaktaufnahme des Sekretariates mit PayPal ergaben, verfügt PayPal für ihre App «PayPal Here» über den von TWINT geforderten Code zur Unterdrückung von Apple Pay.⁵⁶

204. Prima vista scheinen die von Apple vorgebrachten Gründe keine «legitimate business reasons» darzustellen, eine endgültige Beurteilung ist aber im Rahmen der Vorabklärung und vor dem Hintergrund der einvernehmlichen Lösung nicht erforderlich. Entsprechend werden in diesem Zusammenhang im Rahmen des vorliegenden Verfahrens keine definitiven Schlussfolgerungen gezogen.

D.3.2.1.3.4 Ergebnis

205. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Tatbestand der Einschränkung des Absatzes und der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG im vorliegenden Fall erfüllt sein könnte. Im Rahmen des Vorabklärungsverfahrens ist es hingegen nicht erforderlich, definitive Schlussfolgerungen über das Vorliegen eines Gesetzesverstosses zu ziehen.

⁵⁵ RPW 2016/4, 1006 Rz 679 f., *Sport im Pay-TV*.

⁵⁶ E-Mail von PayPal vom 12. Mai 2018.

D.4 Anregungen des Sekretariates nach Art. 26 Abs. 2 KG

206. Gemäss Art. 26 Abs. 2 KG kann das Sekretariat Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen. In der Praxis können solche Anregungen das Ergebnis von Gesprächen zwischen dem Sekretariat und den Parteien sein und damit eine Ähnlichkeit zu den einvernehmlichen Regelungen gemäss Art. 29 KG im Untersuchungsverfahren aufweisen. Formell sind in der Vorabklärung allerdings keine Vereinbarungen mit dem Sekretariat oder der WEKO möglich, weshalb sich in der Praxis die Parteien in der Form sogenannter Verpflichtungszusagen zu einer Anpassung ihres Verhaltens verpflichten.⁵⁷

D.4.1 Der Antrag um vorsorgliche Massnahmen

207. Im vorliegenden Fall hat sich das Sekretariat im Rahmen seines Antrages um vorsorgliche Massnahmen vom 16. Oktober 2018 vertieft mit der Frage auseinandergesetzt, welche Massnahmen zu ergreifen und wie diese zu begrenzen sind.

208. TWINT hatte im Rahmen ihrer Replik beantragt, dass Apple anzuweisen sei, ihr «*die Zustimmung für die Verwendung des Programmierbefehls für die Verhinderung der Bevorzugung von Apple Pay bei mobilen Bezahlvorgängen auf der iOS-Plattform zu erteilen*».

209. Konkret geht es darum, dass es Apple zulässt, dass TWINT den «*requestAutomaticPassPresentation Suppression*» verwenden kann, zu welchem Apple Folgendes festhält:⁵⁸

Discussion

Use this method only in apps that are required to stay in the foreground when operating near NFC or other RF readers. This method prevents the iOS device from automatically displaying the Apple Pay passes when it detects a compatible reader. This suppression occurs only while the app is in the foreground. The Apple Pay interface is automatically reenabled when the app goes to the background; however, if the app resumes, the Apple Pay interface is automatically suppressed again.

This method operates asynchronously; it schedules the request and returns immediately. The system performs the actual request on a background thread, and after the request is complete, the system calls the response handler with the result. The response handler is called on an arbitrary concurrent queue.

The first time this method is called, the system alerts the user that Apple Pay is unavailable. This alert isn't displayed again until the app is uninstalled and reinstalled.

Important

This method requires a special entitlement issued by Apple. If the entitlement is not present, the request will fail with a `PKPassLibrary` result. For more information, see developer.apple.com/apple-pay/.

210. Wie aus dieser Beschreibung hervorgeht, führt der Befehl dazu, dass Apple Pay unterdrückt wird, wenn die App, die diesen Unterdrückungsbefehl verwenden darf, im Vordergrund ist. Die Unterdrückung endet grundsätzlich, wenn diese App wieder in den Hintergrund versetzt

⁵⁷ Vgl. CARLA BEURET, in: DIKE-KG, Roger Zäch et al (Hrsg.), Zürich, 2018, Art. 26 N 26; RPW 2017/4, 554 ff. Rz 97 ff., *Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*.

⁵⁸ <https://developer.apple.com/documentation/passkit/pkpasslibrary/1617078-requestautomaticpasspresentation> (3.9.18).

wird. Zusätzlich kann der Gegenbefehl `«endAutomaticPassPresentationSuppression(withRequestToken:»` die Unterdrückung jederzeit wieder aufheben, selbst wenn die App noch im Vordergrund ist.⁵⁹

211. Apple hat in seinen ersten Eingaben vorgebracht, dass die Herausgabe des Befehls an TWINT das Nutzererlebnis bezüglich Apple Pay stören könnte. So sei es möglich, dass zwar TWINT im Vordergrund sei, etwa, weil der Nutzer seine Kundenkarten oder andere Informationen im Geschäft abrufen wolle, er allerdings zur Bezahlung Apple Pay verwenden möchte, was dann nicht möglich sei.

212. Wie aber die Auskünfte des Entwicklers von PayPal bestätigen (vgl. C.6), ist es technisch möglich, die Unterdrückung von Apple Pay nicht bereits mit dem Öffnen von TWINT, sondern auch zu einem späteren Zeitpunkt herbeizuführen, beispielsweise wenn der Nutzer den «Bezahlen»- bzw. «Scannen»-Button für das Einlesen des QR-Codes betätigt. Also erst *nachdem* der TWINT-Nutzer sich eindeutig für eine TWINT- bzw. gegen eine Apple Pay-Zahlung entschieden hat. Zudem hat sich geklärt, dass mittels Gegenbefehl (s. oben Rz 210) die Unterdrückung auch gleich mit dem Ende des TWINT-Bezahlvorganges wieder beendet werden kann. Es ist mit anderen Worten sichergestellt, dass nach der «bewusst gewollten» und abgeschlossenen TWINT-Transaktion Apple Pay gleich wieder einwandfrei funktioniert und automatisch aktiviert wird, möchte der Nutzer eine weitere Zahlung nun mit Apple Pay tätigen. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass der Nutzer beim Gebrauch der TWINT-App nicht bemerkt, dass Apple Pay unterdrückt wurde. Seine «User-Experience» mit Apple Pay wird mit anderen Worten gar nicht beeinträchtigt.

213. Aus diesem Grund hatte der Antrag um vorsorgliche Massnahmen vorgesehen, dass Apple verpflichtet worden wäre, TWINT die Zustimmung für die Verwendung des Unterdrückungsbefehls zu erteilen, dass aber umgekehrt TWINT die Verpflichtung auferlegt worden wäre, Apple Pay nur während des unmittelbaren Bezahlvorgangs zu unterdrücken, d.h. beginnend mit dem Scanning des QR-Codes bis zur Genehmigung der Bezahlung. Diese Verpflichtung erschien erforderlich, weil in technischer Hinsicht der Unterdrückungsbefehl auch über diese Zeitperiode hinausgehend hätte eingesetzt werden können.

D.4.2 Die Verpflichtungszusagen von Apple

214. Mit Schreiben vom 3. Dezember 2018 reichte Apple nach mehreren telefonischen Austauschen mit dem Sekretariat seine Verpflichtungszusagen ein, welche die wesentlichen Elemente der durch das Sekretariat vorgesehenen vorsorglichen Massnahmen abdeckten. Konkret hat Apple bestätigt, sich wie folgt zu verhalten:

⁵⁹ <https://developer.apple.com/documentation/passkit/pkpasslibrary/1617097-endautomaticpasspresentationsupp> (3.9.18).

<p>Bestätigung im Hinblick auf eine Einstellung der Vorabklärung 31-0519: TWINT/Apple</p> <p>Apple bestätigt, dass Apple die in Anwendung von Art. 26 Abs. 2 KG erreichte einvernehmliche Lösung wie folgt umsetzen wird:</p> <p>Wenn die Twint AG ("Twint") dies beantragt, wird Apple Twint das Recht einräumen, den iOS-Programmierbefehl zur Unterdrückung von Apple Pay ("Unterdrückungsbefehl") im Zeitraum zu nutzen, während dem ein Kunde mittels TWINT-App den am Terminal gezeigten QR-Code scannt.¹</p> <p>a) Voraussetzung dafür ist, dass Twint den Unterdrückungsbefehl sofort nach der Durchführung der TWINT-Transaktion, für die der Kunde das Scannen des QR-Codes gestartet hat, wieder ausschaltet (Apple Pay also reaktiviert).</p> <p>b) Falls Apple davon Kenntnis erlangt, dass Twint den Unterdrückungsbefehl über die oben unter a) aufgeführten Parameter hinaus nutzt, wird Apple Twint (mit Kopie an das Sekretariat) eine Aufforderung senden, diese Verletzung zu beseitigen bzw. den Unterdrückungsbefehl im Sinne der in Bst. a) aufgeführten Parameter einzusetzen. Falls Twint dieser Aufforderung nicht nachkommt, behält sich Apple das Recht vor, Twints Zugang zum App Store zu begrenzen oder TWINT-Apps vom App Store auszuschliessen.</p> <p style="text-align: center;">[UNTERSCHRIFT]</p> <p style="text-align: center;">(unterzeichnet namens und im Auftrag von Apple)</p> <p>¹ Falls Apple später ein (generelles) Update des Unterdrückungsbefehls zur Verfügung stellt, integriert Twint dieses umgehend in die TWINT-Apps.</p>	<p>Confirmation in view of a termination of the preliminary investigation 31-0519: TWINT/Apple</p> <p>Apple confirms that it will implement the joint solution pursuant to Art. 26 Para. 2 ACart as follows:</p> <p>Subject to Twint AG ("Twint") submitting a request, Apple will grant Twint the right to use the iOS programming command to suppress Apple Pay ("Suppression Command") during a customer's QR code scanning at a terminal within the TWINT app,²</p> <p>a) provided that Twint reverses the Suppression Command immediately after the execution of the TWINT transaction (thereby reactivating Apple Pay) for which the customer has launched QR code scanning.</p> <p>b) If Apple becomes aware that Twint is using the Suppression Command in excess of the parameters set out above in Para. a), Apple will notify Twint of the breach (and provide a copy of that communication to the Secretariat), and give Twint an opportunity to remedy the breach, i.e. to use the Suppression Command solely as set forth in Para. a). If Twint does not comply with this request and does not remedy the breach, Apple reserves its right to limit or exclude TWINT apps from the App Store.</p> <p style="text-align: center;">[UNTERSCHRIFT]</p> <p style="text-align: center;">(sig. in the name and on behalf of Apple)</p> <p>² In the event that Apple subsequently issues an update to the Suppression Command, Twint will promptly incorporate those updates.</p>
---	---

215. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2018 ersuchte TWINT um Klarstellung einiger Elemente der Verpflichtungszusagen. Erstens fragte TWINT nach der Dauer der Unterdrückung an, weil im ersten Absatz der Zusagen nur das Scannen erwähnt werde. Das Sekretariat wies darauf hin, die Zusage von Apple sei darauf ausgerichtet, dass die Unterdrückung bis zum Abschluss des Bezahlvorgangs wirksam sein dürfe und nicht nur während des Scannens. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des Bst. a) der Zusagen von Apple, wonach der Unterdrückungsbefehl sofort «nach der Durchführung der TWINT-Transaktion» wieder auszuschalten sei. Zweitens bestätigte das Sekretariat, dass die Zusage für alle «TWINT-Apps» gilt, nicht nur für diejenige der TWINT AG. Dies ergebe sich ebenfalls aus dem Wortlaut der Zusagen, in welchen im Bst. b auch von «TWINT-Apps» in der Mehrzahl gesprochen werde.

D.4.3 Ergebnis

216. Grundsätzlich besteht im Kartellrecht ein Verfolgungszwang bezüglich direkt sanktionierbarer Tatbestände. Dennoch führen in der Praxis nicht alle Vorabklärungen, welche Anhaltspunkte für direkt sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen ergeben, zu einer Untersuchungseröffnung. Wichtige Faktoren stellen dabei einerseits Verhaltensanpassungen und

andererseits Art und Schwere der mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung, deren volkswirtschaftliche Bedeutung sowie Opportunitätsgründe dar.⁶⁰

217. Im vorliegenden Fall ist entscheidend, dass mit der Verpflichtungszusage von Apple sofort die mutmasslich unzulässige Wettbewerbsbeschränkung beseitigt wird und TWINT Zugang zum Unterdrückungsbefehl erhält. Dies ist auf dem dynamischen Markt für Mobile Payments von entscheidender Bedeutung. Die Eröffnung einer Untersuchung – selbst verbunden mit vorsorglichen Massnahmen – hätte nicht zu einem gleich raschen Resultat geführt.

218. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass zwar Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoss bestehen, dass dieser in einer Untersuchung jedoch noch detailliert abgeklärt werden müsste, namentlich werden sowohl die Marktbeherrschung als auch der Missbrauch bestritten. Der zu leistende Zusatzaufwand stünde in keinem adäquaten Verhältnis zu einer zusätzlichen Präventivwirkung, welche durch einen möglichen Untersuchungsabschluss mit Verwaltungsanktion zu erzielen wäre. Zudem wäre eine allfällige Sanktion aufgrund der derzeit noch geringen Umsätze auf dem vorläufig abgegrenzten Markt für Mobile Payments sehr tief.

219. Im Hinblick auf die kartellrechtliche Rechtsfortbildung wäre eine Verfügung der WEKO und eine allfällige gerichtliche Überprüfung aufgrund der betroffenen digitalen Märkte von einem gewissen Interesse, allerdings wird im vorliegenden Schlussbericht der Sachverhalt und die rechtliche Würdigung bereits detailliert umschrieben. Der Schlussbericht wird veröffentlicht, so dass der zusätzliche Erkenntnisgewinn in einem anzustrebenden Untersuchungsverfahren im Hinblick auf eine Generalprävention sowie die kartellrechtliche Rechtsfortbildung im Vergleich mit dem zusätzlichen Aufwand in einer Untersuchung als unverhältnismässig erscheint.

220. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass aufgrund der Tatsache, dass die problematische Verhaltensweise eingestellt und Verpflichtungszusagen abgegeben wurden, sowie aufgrund der für die vollständige Beurteilung des massgeblichen Sachverhalts voraussichtlich noch zu unternehmenden zusätzlichen Untersuchungshandlungen im vorliegenden Fall die Eröffnung einer Untersuchung nicht opportun erscheint.

E Kosten

221. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁶¹ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

222. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG haben Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, keine Gebühren zu bezahlen, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt.

223. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine Gebührenfreiheit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG nicht erfüllt. Es liegen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor. Dennoch wird auf die Eröffnung einer Untersuchung insbesondere aufgrund der erfolgten Zusagen und Anregungen verzichtet, weil so eine rasche Lösung des Problems ermöglicht wird. Dies ändert allerdings nichts am Umstand, dass Apple gebührenpflichtig ist.

⁶⁰ Vgl. BEURET, DIKE-KG (Fn 57), Art. 26 N 42 f., 58; RPW 2017/1, 94 Rz 174 ff., *Interconnect Peering*.

⁶¹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

224. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

225. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200.– bzw CHF 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt [...] Stunden zu CHF 200.– plus [...] Stunden zu CHF 290.–, was eine Gebühr von insgesamt CHF [...] ergibt.

F Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Tatbestand der Einschränkung des Absatzes und der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG im vorliegenden Fall erfüllt sein könnte;
2. verzichtet darauf, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen, solange Apple sich an ihre Zusagen vom 3. Dezember 2018 hält, namentlich,

dass Apple TWINT das Recht einräumt, den iOS-Programmierbefehl zur Unterdrückung von Apple Pay («Unterdrückungsbefehl») im Zeitraum zu nutzen, während dem ein Kunde mittels TWINT-App den am Terminal gezeigten QR-Code scannt bis zum Abschluss des Bezahlvorgangs; wobei

- a) Voraussetzung dafür ist, dass TWINT den Unterdrückungsbefehl sofort nach der Durchführung der TWINT-Transaktion, für die der Kunde das Scannen des QR-Codes gestartet hat, wieder ausschaltet (Apple Pay also reaktiviert); und
 - b) falls Apple davon Kenntnis erlangt, dass TWINT den Unterdrückungsbefehl über die oben unter a) aufgeführten Parameter hinaus nutzt, wird Apple TWINT (mit Kopie an das Sekretariat) eine Aufforderung senden, diese Verletzung zu beseitigen bzw. den Unterdrückungsbefehl im Sinne der in Bst. a) aufgeführten Parameter einzusetzen. Falls TWINT dieser Aufforderung nicht nachkommt, hat sich Apple das Recht vorbehalten, TWINTs Zugang zum App Store zu begrenzen oder TWINT-Apps vom App Store auszuschliessen.
3. erhebt von Apple Verfahrenskosten von CHF [...];
 4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.